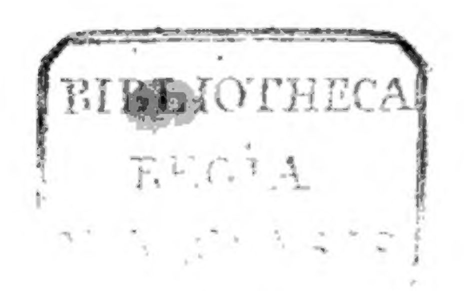
Digitized by Google

Decis.
43 t

Digitized by Google

Digitized by Google



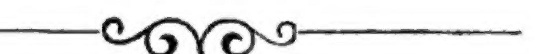
Digitized by Google

Hamburgische

Gerichtspraxis.

Bearbeitet von einem Advocaten.

Erster Band.



Leipzig.
In Commission bei Franz Wagner.
1859.

71-

Digitized by Google

Vollständige Sammlung

der vom

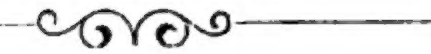
Ober-Appellations-Gerichte

zu Lübeck

im Jahre 1856

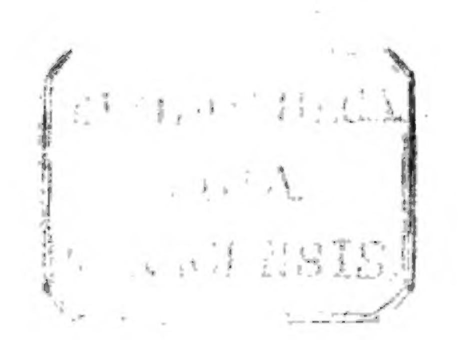
in hamburgischen Rechtssachen abgegebenen Urtheile sammt Motiven, mit den Vorentscheidungen der verschiedenen Unterinstanzen

wörtlich abgedruckt.



Leipzig.
In Commission bei Franz Wagner.
1859.

Digitized by Google



Gedruckt bei C. H. Stern, große Reichenstraße Nr. 34.

Digitized by Google

Vorwort.

Dreiundvierzig Jahre sind verflossen, seitdem in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers zu Frankfurt (11. Decbr. 1816) der erste Vorschlag gemacht wurde, für die vier freien Bundesstädte Hamburg, Bremen, Lübeck und Frankfurt am Main einen gemeinschaftlichen obersten Gerichtshof zu errichten. — Das „remedium revisionis,“ verbunden mit der Bitte um einen neuen Referenten,“ war in der einen wie in der andern Stadt im Laufe der Zeiten zu einem Rechtsmittel geworden, welches man in den allermeisten Fällen völlig hoffnungslos — unter dem Gedanken etwa, allenfalls eine Schuldigkeit gegen sich selbst geübt zu haben, zur Hand nahm. Die so wegen ihrer Langwierigkeit als Kostspieligkeit gescheute und gefürchtete Actenversendung mit den zahllosen Unvollkommenheiten ihrer Handhabung war ein notorisch noch unvollkommeneres Rechtsinstitut, zumal für den Welthandelsplatz Hamburg, in welchem wohl oft Fälle vorkamen, in denen schnelle Rechtshülfe einen doppelten Werth hatte. Trotz alledem erhoben sich in allen vier freien Städten manche und achtbare Stimmen, welche sich bemühten,*) die Einrichtung eines gemeinschaftlichen

*) In der Tagespresse und in Localblättern sowohl, als auch durch Flugschriften, z. B. Abdruck eines in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers vom 11. Decbr. 1816 in Frankfurt gehaltenen

Digitized by Google

obersten Gerichtshofes als weder nothwendig, noch rathsam und räthlich darzustellen.

Sie blieben indessen in der Minderheit, da inzwischen die Frage der Errichtung eines gemeinschaftlichen obersten Gerichtshofes nicht nur eine deutsche geworden war, sondern ein hohes politisches und wissenschaftliches Interesse gewonnen hatte. Von welchem Gesichtspunkte aus die Sache in Hamburg angesehen wurde, beweisen die vorangegangenen hier in Kürze mitgetheilten Verhandlungen zwischen Rath und Bürgerschaft.

Der Senat proponirte am 17. Juli 1817 einen verfassungsmäßigen Beschluß, dahin gehend: „von dem nach Artikel 12 des Wiener Bundesvertrages vom 8. Juli 1815 sich über ein gemeinschaftliches oberstes Gericht zu vereinigen

---

Vortrags, den Vorschlag eines zu errichtenden gemeinschaftlichen Gerichtshofes der vier freien Bundesstädte betreffend. Frankfurt am Main (Brönner) 29 Seiten. — Einige Bemerkungen, veranlaßt durch das „Bremische Eine Wort" u. s. w., nebst beiläufiger Beantwortung der Fragen: Ist in den Bundesacten die Errichtung eines vierstädtischen Gerichts vorgeschrieben? Ist sie nützlich und rathsam? von einem Hamburg. Bürger. Hamburg (Hoffmann und Campe) 1817, 44 Seiten. Gründliche Erörterung der Frage: Ist die Actenverschickung als dritte oberste Gerichts-Instanz der Hamburg. Verfassung angemessen? 1817, 29 Seiten. 8°.

Für Errichtung erschienen, neben den Besprechungen der Tagespresse: Ein Wort über Actenversendungen an deutsche Facultäten oder Schöppenstühle, veranlaßt durch den 12. Artikel der deutschen Bundesacte, Bremen (Heyse) 1817, 31 Seiten; — Gedanken über die Errichtung eines gemeinschaftlichen Appellations-Gerichts für die freien Städte. — Bei Gelegenheit der Bemerkungen eines Hamburg. Bürgers u. s. w.; auch von einem Hamburg. Bürger, Hamburg (Perthes & Besser) 1817, 28 Seiten; Audiatur et altera pars, Hamb., den 14. Juli 1817, 8 Seiten, 4°; endlich: Ist die Errichtung eines gemeinschaftlichen Appellations-Gerichts für die vier freien Städte nothwendig, nützlich und räthlich, eine Revision der über diese Frage herausgekommenen Schriften, Hamburg (Perthes & Besser) 1817, 54 Seiten, 8°; Christian Kosegarten, Grundzüge für das Appellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands, Hamburg, 1817, 8°.

Digitized by Google

für jetzt keinen Gebrauch zu machen, dagegen aber die Verschickung der Acten an eine deutsche Facultät oder an einen Schöppenstuhl allgemein als die dritte oberste Instanz, unter zutreffenden näheren Bestimmungen, gesetzlich zu verordnen. Die Bürgerschaft, vertreten durch nur 217 Personen, erklärte sich diesem Verlangen nicht zustimmig, „verlangte" vielmehr die Errichtung eines förmlichen obersten Gerichts. — Diesem Verlangen der Bürgerschaft kam jedoch erst am 17. December 1818 der Senat entgegen durch Vorlage eines Entwurfes, nach welchem das Gericht constituirt werden sollte. — Die Bürgerschaft (215 Personen) beantragte, unter dem Bedauern, nicht schon im Jahre 1817 Gelegenheit dazu erhalten zu haben, eine nähere Prüfung der proponirten Oberappellationsgerichts-Ordnung durch drei Rechtsgelehrte und zehn andere ihrer Mitglieder, worauf sich der Senat das Weitere vorbehielt.

Schon sechs Tage später, am 23. December 1818, wurde die Bürgerschaft abermals convocirt. Der Senat theilte der letzteren (durch 199 Personen vertreten) mit, wie höchst ungern er es sehe, daß eine Prüfungscommission ernannt würde, weil dadurch, hingesehen, auf die Monita der übrigen Städte, die Uebereinkunft, wenn nicht unmöglich gemacht, doch jedenfalls erschwert und verzögert werde; nur, wenn wider alles Verhoffen und Wünschen die Bürgerschaft ihrem vorigen Antrage inhärire, möge dieselbe die Wahl sofort vornehmen.

Letzteres geschah. Es wurden in die Prüfungscommission gewählt: Licentiat Mönkeberg, Dr. Rentzel, Dr. Schaffshausen, als rechtsgelehrte Bürgerschaftsmitglieder, sowie die Herren G. G. Schwartze, Friedrich Perthes, die Oberalten Prale und Rückert, P. P. Schmidt, G. Knorre, J. A. Prell sen., H. J. Merck, J. B. Neumann und C. W. Soltau.

Abermals, zum vierten Male, am 27. Januar 1819, wurde die Bürgerschaft (208 Personen) mit der Angelegenheit beschäftigt, indem der Senat den Antrag stellte: einen von ihm vorgelegten „Entwurf zur Bestimmung derjenigen Sachen, welche ganz und gar nicht, oder doch nur mit bloßem Devolutiv-

Digitized by Google

Effect, in appellatorio an das Ober=Appellations=Gericht gebracht werden können" an die Commission zu verweisen.

Die Bürgerschaft acceptirte diesen Antrag und die Arbeiten der Bürger=Deputation gingen inzwischen vorwärts. Es entspannen sich zwischen ihr und dem Senate in den Monaten Januar bis April 1819 jedoch sehr lebhafte Debatten, von denen namentlich diejenige in Erinnerung gebracht zu werden verdient, deren Bestreben dahin ging, die Appellation auch gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse in Uebereinstimmung mit dem in der Bundesacte und auf dem Bundestage anerkannten Rechte durchzusetzen.

Wie erfolglos auch diese Debatte geblieben ist — der Dank der Nachwelt darf niemals den Männern vorenthalten werden, die nicht beim Erkennen des Guten stehen blieben, sondern mit Muth und Eifer das Wort ergriffen, gegenüber dem Rath, der mit einer unbegreiflichen Zähigkeit an seinem Bestreben festhielt, die dritte Instanz, wo nicht ganz auszuschließen, doch so viel als möglich den Kreis der Thätigkeit derselben zu beschränken.

Die Bürgerschaft wurde zum fünften Male in dieser Angelegenheit am 10. Mai 1819 convocirt, und trotzdem derselben die sehr interessanten Verhandlungen und Dissenspunkte zwischen der Bürger=Deputation und dem Senate vorgelegt wurden, unter andern das Conclusum der Bürger=Deputation vom 5. April 1819, in welchem dieselbe ausdrücklich erklärte: „sie müsse ihrer vorigen Meinung, daß gegen zwei gleichlautende Erkenntnisse die Appellation zu verstatten, inhäriren, sie könne sich nicht überzeugen, daß ein einzelner Bundesstaat berechtigt sei, das in der Bundesacte ausgesprochene Recht der drei Instanzen durch ein noch dazu späteres Gesetz in dem Maaße zu beschränken, daß die Partheien in den meisten Fällen nur zwei Instanzen haben würden," wurde der Entwurf der Ober=Appellations=Gerichtsordnung und die Appellabilitäts=Verordnung von der dieses Mal durch 226 Personen vertretenen Bürgerschaft genehmigt. — Die

Bürgerschaft erklärte sich in Betreff des Dissenses über die Appellation von zwei gleichlautenden Urtheilen mit dem Rathe einverstanden, trat aber in Ansehung der drei übrigen Dissenspunkte (der exceptio fori, des in die Stelle der Appellation tretenden Restitutionsmittels und der Cautionsleistung in Fällen, wo die Appellation keinen Suspensiveffect haben sollte) der Deputation bei und erklärte sich zufrieden mit der Verfügung des Rathes, die auch die andern drei freien Städte angehenden Punkte der Gerichtsordnung mit diesen zu vereinbaren. Unter steigendem Interesse des Publikums kam am 9. Sept. 1819 die Angelegenheit zum sechsten Male an die Bürgerschaft. Es waren dieses Mal schon 279 Personen anwesend. Der Senat trat in Betreff des zweiten Dissenspunktes des in die Stelle der Appellation tretenden Restitutionsmittels, der Bürgerschaft bei, blieb aber, betreffend die Caution und die exceptio fori, bei seiner früheren Meinung, wiewohl auch die Sechsziger noch jetzt in Betreff dieser beiden Punkte der Ansicht des Senats ihren Beifall versagten. Die Bürgerschaft beharrte bei ihrem bisherigen Dissens in Betreff der beiden Punkte, dankte wegen des in die Stelle der Appellation tretenden Restitutionsmittels und genehmigte die gleichzeitig vom Senate vorgeschlagene Ratification der wegen des Ober-Appellations-Gerichts geschlossenen Uebereinkunft und der in derselben mitbeliebten Gerichtsordnung. Aber auch jene beiden, die sehnlichst von allen herbeigewünschte Installirung des Gerichts verschleppenden, Punkte fanden in einer ferneren (215 Personen starken) Bürgerschaft am 16. December 1819 ihre Erledigung, indem der Senat puncto der exceptio fori sowohl, als der Caution nachgab, welche letztere nunmehr auf die Fälle reiner Wechselsachen beschränkt blieb (das heißt, wenn Jemand, der im Obergerichte in die Bezahlung einer Wechselschuld verurtheilt wurde, an das Ober-Appellations-Gericht appelliren und nun vom Gegner Execution nachgesucht würde, daß es dem richterlichen Ermessen zu überlassen, letztere mit oder ohne Cautionsbestellung zu gestatten).

Nachdem somit die Sache zum siebenten Male die Bürgerschaft beschäftigt hatte, wurde am 6. April 1820 der vom Rathe proponirte Modus der Wahl des Präsidenten, der Räthe und des Secretairs ebenfalls von der Bürgerschaft (220 Personen) angenommen. Trotzdem aber vergingen noch mehr als sechs Monate, bis endlich am 13. Nov. 1820, also reichlich 5 Jahre, nachdem das Recht darauf mittelst der Bundesacte anerkannt worden war, die Einsetzung des Gerichtes erfolgte, nachdem, wie gezeigt, in acht Bürgerschaftsversammlungen darüber discutirt worden.

Die frühere nur provisorische Gerichtsordnung wurde 1823—1824 revidirt, nachdem inzwischen noch zweimal (15. Februar 1821 und 23. October 1823) desfallsige Anträge des Raths an die Bürgerschaft gelangt und von derselben genehmigt waren, und statt ihrer die, wenige Abänderungen ausgenommen, noch jetzt gültige definitive Gerichtsordnung, sammt Gebührentaxe und Procuratur-Ordnung, der Bürgerschaft am 8. April 1824 vorgelegt und von letzterer (211 Personen) pure angenommen.

Wenn die unerklärliche Abneigung des förmlich als Widersacher auftretenden Rathes gegen Einführung einer förmlichen dritten Instanz sich jener Zeit weniger geltend gemacht hätte, so wäre zuversichtlich die dem Ober-Appellations-Gerichte durch jene Gerichtsordnung, namentlich auch die Nichtigkeitsbeschwerde anlangend, zuertheilte Competenz eine bei weitem nicht so beschränkte und äußerst eingeengte geworden, als sie es jetzt ist. Wie ganz anders und um wie viel zweckmäßiger und erweiterter würde sich heute, nach etwa 40 Jahren, wohl dieselbe darstellen, wo die Bevölkerung Hamburgs mit den Vorstädten auf 170,000 Seelen gestiegen, sich also fast verdoppelt hat, wo man daran gewöhnt worden, die noch am Tage, an welchem sie selbst ihre Auflösung votirte (11. August 1859), durch 731 Personen vertretene Bürgerschaft durch 600 bis 900 Personen im Convente vertreten zu sehen, und wo durch die Segnungen der freien Presse das Rechtsbewußtsein fast

bei Jedermann im Allgemeinen geläutert worden, wo endlich eine ungehinderte und rückhaltlose öffentliche Discussion es von vorn herein unmöglich machen würde, daß Rechtsverkürzungen, wie diejenigen, welche mittelst der Competenz- und anderer Beschränkungen die Ober-Appellations-Gerichtsordnung selbst, und hingesehen speciell auf Hamburg, die Appellabilitäts-Verordnung vom 7. Juli 1820 darbietet, irgend welchen Anklang finden.

Die damaligen Vertreter der Bürgerschaft sollten dennoch sehr bald Genugthuung erfahren für ihr wackeres und beharrliches, wenn auch nicht mit ganzem Erfolge gekröntes Streben, eine dritte Instanz mit möglichst ausgedehnter Competenz einzuführen. Das Ober-Appellations-Gericht bedurfte nicht einen Zeitraum von vierzig Jahren, die nun seit der Einsetzung des Gerichts bald verstrichen sind, sondern nur sehr weniger Jahre, um jeden, der bisher auch Gegner der Sache war, selbst den im Urtheil unterliegenden, zu überzeugen, daß seine Wirksamkeit namentlich für Hamburg eine so nothwendige als nützliche und achtungswerthe sei, und wie jeder Betheiligte ausnahmslos von der Gründlichkeit und Unparteilichkeit seiner Rechtsprechung sich wahrhaftig überzeugt hielt, so erwarben sich auch jederzeit in gelehrten Kreisen und bei Unbetheiligten seine Entscheidungen überall im deutschen Vaterlande Anerkennung in seltenem Maaße.

Schon im Jahre 1830 war ein kleiner Rahmen der Praxis des Ober-Appellations-Gerichts vollendet in einem Werke, welches sich noch zur Stunde jeder juristischen Bibliothek, jedem Richter und Advocaten als fast unentbehrlich darstellt, und von seinem ersten Erscheinen (1827) an fort und fort so den richterlichen Entscheidungen als den Partheivorträgen als Quelle gedient hat, wir meinen die allbekannten „Juristischen Abhandlungen“ von zweien der unvergeßlichsten Mitglieder des Ober-Appellations-Gerichts, dem Präsidenten Dr. G. A. Heise (✝ 6. Februar 1851) und dem Rathe Dr. Friedrich Cropp (✝ 8. August 1832), mit schätzenswerthen Beiträgen von dem Secretair Dr. C. W. Pauli.

Ein weiteres zwar gedrängtes, in Wahrheit aber eine Fülle der vorzüglichsten Zusammenstellungen und Erörterungen zerstreuter, nicht in allen vier Städten gleichmäßig bekannt gewordener Rechtsquellen darbietendes, beständig auf Präjudicien des Ober-Appellations-Gericht hinweisendes Bild der Praxis des Ober-Appellations-Gerichts ist die von dem Rathe Dr. Friedrich Blume, jetziger Geheim-Justizrath und Professor an der Universität Bonn, bei seinem Austritte 1843 (April 16) herausgegebene und erläuterte

Gerichtsordnung

für das Ober-Appellations-Gericht der vier freien Städte Deutschlands, nebst den darauf bezüglichen Gesetzen der einzelnen Städte und den allgemeinen Verfügungen des Gerichts, ein Werk, von welchem dasselbe gilt, was oben von den „Juristischen Abhandlungen" gesagt wurde, und dessen Besitz, wenn die Lectüre der Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts selbst eine fruchtbringende sein soll, kaum zu entbehren ist.

Die hohe Bedeutung des damals schon in den deutschen Gerichtshöfen im ersten Range stehenden Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck und seine Verdienste um die Cultur des Rechtes war inzwischen, 1843, mittelst zahlreicher Entscheidungen desselben, so in als außerhalb der vier freien Städte, zur allgemeinsten Anerkennung gelangt, so daß es im Schooße der (Privat-) Gesellschaft hamburgischer Juristen nur eines leisen Anstoßes bedurfte, um für eine Zeit lang die Kosten des Druckes der Erkenntnisse durch Subscription zu decken. Es erschien versuchsweise ein Heft, enthaltend die (9) im Monat Januar 1843 publicirten Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts, als Vorläufer der bekannten

Sammlung

der

Erkenntnisse und Entscheidungsgründe

des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck in hamburgischen Rechtssachen, nebst den Erkenntnissen der früheren Instanzen

(mit Sachregister und einem den Urtheilen vorangestellten Auszuge der darin enthaltenen Rechtssätze) unter der vortrefflichen Redaction des Dr. Voigt, eines der renommirtesten hamburgischen Advocaten, jetzt Rath des Ober-Appellations-Gerichts.

In dieser Sammlung, ein für die hamburgische, ja, man darf sagen für die deutsche Praxis unentbehrliches Requisit, dessen tagtägliche Nutzanwendung allbekannt ist, sind die sämmtlichen (107) Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts mit den Urtheilen der unteren Instanzen aus den Jahren 1843 bis 1847 vollständig abgedruckt, sowie aus den Jahren 1848 bis 1855 die (127) wichtigeren Entscheidungen und zwar diese letzteren zum Theil mit Auslassung aller derjenigen Stellen, welche kein allgemeines Interesse darbieten, zum Abdruck gekommen.

Demnächst 1855 erschien dann eine weitere Fortsetzung dieser

Sammlung u. s. w.,

Neue Folge. Erster Band; erstes Heft,

in gleich vorzüglicher Bearbeitung, enthaltend die (30) wichtigeren Erkenntnisse aus den Jahren 1840 bis 1842, ebenfalls unter Auslassung desjenigen, welches nicht von allgemeinem Interesse erschien. Die Redaktion erklärte in dieser Continuation, erinnernd an eine schon mehrere Jahre vorher dem juristischen Publikum gemachte Zusage, sich nunmehr den älteren Entscheidungen von 1842 rückwärts bis zur Entstehung des Ober-Appellations-Gericht 1821 zuwenden zu wollen. Von den 1856 und später erfolgten Entscheidungen gelangten mittlerweile bis zum Jahre 1859, mit Ausnahme der wenigen, welche durch die Tagespresse zwar bekannt, aber eben so schnell wieder zerstreut wurden, keine in's Publikum. Es gewann die Sache also den Anschein, als ob der juristische Verein, dem es zur Zeit auch wohl, nachdem der bisherige Redakteur, Herr Dr. Voigt, zum Appellationsrath erwählt worden und durch überhäufte Amtsgeschäfte in Anspruch genommen war, an einen Redakteur fehlen mochte, die Heraus-

gabe der **nach 1855** ergangenen Entscheidungen auf sich beruhen lassen wolle.

Diesem letzteren Umstande zufolge ist die vorliegende Sammlung in's Dasein getreten.

Es hat nun während ihres Druckes die juristische Gesellschaft, gegen alles Erwarten, ebenfalls den Abdruck der **nach** 1855 abgegebenen Entscheidungen durch Herausgabe eines Heftes unter dem Titel:

Sammlung u. s. w., dritter Band, erstes Heft,
unter höchst anerkennungswerther Redaktion des Herrn
Dr. J. F. Voigt jr.
enthaltend: 16 Entscheidungen aus dem Jahre 1856,

wieder aufgenommen, während von der im Jahre 1855 verheißenen Continuation zur

Neuen Folge
(von welchem bis jetzt nur das erste Heft des ersten Bandes, enthaltend 30 Entscheidungen aus den Jahren 1840 bis 1842, erschienen ist)
enthalten sollend Erkenntnisse aus den Jahren 1842 bis rückwärts 1821,

bis jetzt nichts weiter erschienen ist. Dadurch ist nun die vorliegende Sammlung in eine weder berechnete noch geahnete Concurrenz mit der von der juristischen Gesellschaft veranstalteten getreten.

Die vorliegende unterscheidet sich, abgesehen von anderem, dadurch von der letzteren, daß in ihr **alle** 34*) im Jahre 1856

*) Folgende 18 Nummern der vorliegenden Sammlung: 3, 4, 6, 7, 9, 10, 14, 15, 16, 18, 19, 22, 24, 25, 26, 28, 30, 32 fehlen in der von der juristischen Gesellschaft veranstalteten Sammlung, während die vier Fälle sub Nr. 1, 8, 11, 29 der vorliegenden, in der von der juristischen Gesellschaft herausgegebenen Sammlung nicht ganz vollständig abgedruckt sind. Von (approximativ) 950 Entscheidungen, welche vom Ober-Appellations-Gerichte im Ganzen seit 1820 in Rechtssachen abgegeben wurden, welche aus

ergangene Entscheidungen, so der höchsten Instanz als der Unter=Instanzen, und zwar vollständig ohne irgend welche Auslassungen abgedruckt worden.

Die buchhändlerische Berechnung hinsichtlich des vorliegenden Unternehmens war vornehmlich auf die weiteste Verbreitung außerhalb Hamburgs gerichtet, und wurde eine dem entsprechende Anzahl von Exemplaren abgezogen, während, dem Anscheine nach zu urtheilen, die juristische Gesellschaft ihrem Unternehmen niemals so weite Grenzen gezogen hatte. Die Zukunft wird lehren, in wie weit diese Berechnung und die Anlage der vorliegenden Sammlung eine richtige war.

Die redactionelle Bestrebung hingegen war beseelt von dem oft gehörten Wunsche nach einem vollständigen Bilde der Praxis des Ober=Appellations=Gerichts. Dies schien nur erreichbar durch vollständige und wortgetreue Wiedergabe aller, mindestens im contradictorischen Verfahren, ergangenen Entscheidungen.

Bei den im Vergleich mit den Prozeßgesetzen anderer Staaten in der That abnormen Beschränkungen, denen durch die hamburgische Appellabilitäts=Verordnung, welche gegen zwei gleichlautende Urtheile keine Appellation an die dritte Instanz gestattet, die Appellation an die dritte Instanz in hamburgischen Rechtssachen unterliegt, hat an und für sich und im Allgemeinen schon ohne Ausnahme jeder Rechtsfall ein Interesse, welcher in beiden Unter=Instanzen eine verschiedenartige Beurtheilung erfahren hat; überdem gewinnt oft im Laufe der Zeit ein Rechtsfall, der zur Zeit seiner Entscheidung nur ein scheinbares oder sehr speciellès Interesse hat, ein allgemeines Interesse; endlich aber ist es dem Zweck von Präjudiziensammlungen und der Cultur des Rechts über-

---

hamburgischen und dem Hamburg und Lübeck gemeinschaftlich gehörigen Gebiete dorthin gelangten, sind demnach bis jetzt gedruckt 9, 107, 127, 30, und 34 in der vorliegenden Sammlung macht 307, also annähernd nur der dritte Theil.

haupt geradezu entsprechend, dasjenige aufzunehmen, was von nur speciellem Interesse ist, da die Mittheilung singulär dastehender Fälle für den Praktiker wie für den Laien um so viel wichtiger ist, als es an Ausbeute der fraglichen Materie fehlt. —

Weiterhin gelangt in mancher Sache eine zweite Appellation an die dritte Instanz, welche von sehr großem und allgemeinem Interesse ist, was hinsichtlich der ersten nicht der Fall ist, und doch ist es zum Verständniß des Rechtsfalles wünschenswerth, ihn von Grund aus kennen zu lernen.

Eine Menge anderer hier nicht zu discutirender Gründe sprachen überdem dafür, eine vollständige Sammlung zu veranstalten. Daß um die Anwendung und Kenntniß des Rechts des Guten nie zu viel geschehen kann, dürfte eben so wenig bestritten werden, als die Wahrheit, daß die Kenntniß des wahren Rechts nicht darunter leiden, sondern nur befördert werden kann, wenn ein so eminenter Stoff als die Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck von verschiedenen Seiten und verschiedener Hand einmal bearbeitet und zweitens verbreitet wird.

Die dauernde und rege Thätigkeit, welche in den letzten Jahren auf die Herausgabe von Präjudiziensammlungen in ganz Deutschland gerichtet worden, es möge hier nur an diejenige der früher gar nicht zur Publicität gelangten Entscheidungen in Bremer, Frankfurter und Lübecker Rechtssachen,*)

*) **Sammlung** der **Entscheidungsgründe** des Ober-Appellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck in **bremischen Civil-Rechtssachen.** (Statt der Abschrift für bremische Theilnehmer der Sammlung als Manuscript gedruckt.
1. Band: — — — — — — — — —
2. Band: enth. die Jahrg. 1846—1850, XXXII. und 653 Seiten (Bremen, bei Heyse). 2⅔ Thaler.
3. Band: enth. die Jahrg. 1851—1856, XXXI. und 569 Seiten (Bremen, bei Heyse). 8⅔ Thaler.

Römer, Dr. J. J., Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck in **Frankfurter Rechtssachen,**

so wie an den Umstand erinnert werden, daß für das Seuffert-sche Archiv*) gerade diese Entscheidungen die wesentlichste Ausbeute geliefert haben, endlich daran, daß der bekannte Rechtslehrer, Dr. Thöl**) in Göttingen, den Stoff für ein

---

mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der früheren Instanzen, Frankfurt, bei Boselli. Band. I. bis IV. 8 Thaler 7 Silbergr.

Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu **Lübeck** in **Frankfurter Rechtssachen**, herausgegeben durch einen **Verein von Juristen**, 3 Bände, Frankfurt, bei Sauerländer, 1854—1859. Band I. 316 Seiten, 1 Thlr. 25 Silbergr. Band II. (XII. und 454 Seiten), 2⅔ Thaler. Band III. (IX. und 428 Seiten), 2⅔ Thaler. (Eine Concurrenz des vorigen, wiewohl in abweichender Form bearbeitet.)

Bruhn, Dr. C. A. T., Ober-Appellations-Gerichts-Kanzlist: **Sammlung** von Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck in **Lübecker Rechtssachen**, Lübeck, von Rohden, 1857 und 1858. Band I. (XXXIV. und 485 Seiten), 2½ Thaler. Band II., 608 Seiten, 3 Thaler.

Ullrich, Dr. W., Sammlung von seerechtlichen Erkenntnissen des Handelsgerichts zu Hamburg, nebst den Entscheidungen der höheren Instanzen, Hamburg, bei Perthes, Besser & Mauke, 1853. Heft I. IV. und 204 Seiten. Erkenntnisse aus den Jahren 1851 bis 1853, 5/6 Thaler.

Die Jurisprudenz des Ober-Appellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands in Wechselsachen 1821—1857, nebst Anhang: aus der Jurisprudenz des Handels- und Obergerichts zu Hamburg in Wechselsachen, November 1855—1857 (89 Rechtsfälle enthaltend) XXXII. und 448 Seiten, Frankfurt am Main, Sauerländers Verlag, 1⅔ Thaler.

*) **Seuffert, J. A. und E. A.**, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, München, literarische Anstalt, 1847—1858. 12 Bände, 26⅔ Thlr.

) **Thöl, Prof. Dr. H., ausgewählte Entscheidungsgründe des Ober-Appellations-Gerichts der vier freien Städte Deutschlands (XXXII und 375 Seiten) Göttingen, Dieterich, 2½ Thlr.

Zu erwähnen sind an dieser Stelle noch als sehr schätzenswerth folgende mehr und minder auf die Entscheidungen des Ober-Appellations-Gericht zu Lübeck sich beziehende Werke:

Neues Archiv für Handelsrecht, herausgegeben vom Ober-Appellations-Gerichts-Rath Dr. **J. F. Voigt** und Handelsgericht-

ansehnliches Werk diesen Entscheidungen entnommen hat, ist wohl eine sichere Bürgschaft und vollbeweisend für die wachsende Theilnahme an dergleichen Rechtssicherheit und nach Möglichkeit, ein einheitliches deutsches Recht zu befördern, wohl geeignete Erscheinungen.

Diesen letzteren Zweck verfolgt die vorliegende Sammlung und sofern dieselbe nicht theilnahmlos vorübergehen, sondern, nur hie und da Anklang finden sollte, wird die Fortsetzung dem Publikum nicht lange vorenthalten bleiben.

Da in manchen Fällen die Acten nicht zu Gebote standen, somit die den Entscheidungen vorangestellten Rechtssätze lediglich den Erkenntnissen entnommen werden mußten, da ferner, was die Entscheidungen der unteren Instanzen anbetrifft, dieselben keineswegs den Leser jederzeit mediam in rem versetzen

---

Präses Dr. **E. Heinichen** († 1859), Senator Dr. **Heineken** zu Bremen und Dr. **H. A. E. Weber**, Vicepräses des Handels-Gerichts zu Hamburg. Band I. (IV. und 499 Seiten), Hamburg, Perthes, Besser & Mauke, 1858, 2 Thaler. Band II., daselbst 1859, 1⅓ Thaler.

Kletke, Dr. G. M., Sammlung von Präjudizien **der obersten Gerichtshöfe Deutschlands** in Handels-, See- und Wechselrechts-Streitsachen bis zu Ende des Jahres 1856, Erlangen bei Enke, XXXV. und 291 Seiten, 1⅓ Thaler; dasselbe, erste Fortsetzung, Erlangen 1857, XX. und 160 Seiten, 4/5 Thlr.; dasselbe, zweite Fortsetzung, XXVII. und 288 Seiten, Erlangen 1858, 1 Thlr. 16 Ngr.

Ascher, Dr. C. W., und Dr. **G. H. Kirchenpauer** Hamburgische Zeitschrift für Politik, Handel und Handelsrecht, nebst **Rechtsfällen** aus dem **Gebiet des Handelsrechts**, mit Beiträgen von Dr. **J. F. Voigt**, Dr. **Meno Pöhls** und Anderen. Erster bis dritter Jahrgang, Hamburg 1834—1837 (Hoffmann und Campe) 14⅔ Thaler.

Baumeister, Dr. H., Das Privatrecht der Stadt Hamburg, 2 Bände, Hamburg 1856 (Hoffmann und Campe) 6 Thaler.

Gries, J. K., Commentar zum hamburgischen Stadtrecht von 1603, herausgegeben von **N. A. Westphalen**, 2 Bände, Hamburg, 1837 (Perthes, Besser und Mauke) 3 Thaler.

oder auch nur den status causae et controversiae feststellen, *) so wird der billige Urtheiler vorkommende Mängel dem Herausgeber nicht als Flüchtigkeit oder Mangel an Sachkenntniß anrechnen. Jeden Rath, jede Belehrung und sachgemäße Anforderung der Kritik wird derselbe vielmehr bei Fortsetzung der Sammlung jedenfalls gern berücksichtigen.

Zur Erläuterung des allgemeinen Titels:

Hamburgische Gerichtspraxis

sei bemerkt, daß, wiewohl für jetzt nur in dritter Instanz entschiedene Rechtsfälle mitgetheilt worden, doch *nicht* der Plan hat ausgeschlossen werden sollen, bei einer *Fortsetzung* auch *andere* wichtige, *in den unteren* Instanzen zu Ende gelangte, in das hamburgische Rechtsleben eingreifende, Fälle abzudrucken und zu bearbeiten, wozu, wenn sich gerechte Hoffnungen erfüllen, die, nach heißen und langen Kämpfen mittelst Rath- und Bürgerschlusses vom 11. August 1859 gewährleistete Ein- und Durchführung der neuen hamburgischen Verfassung, nach Maaßgabe der Senatsvorlage vom 23. Mai 1850, und namentlich der die Rechtspflege betreffende Abschnitt dieser Verfassung (Abschnitt 7, Artikel 91—105) eine um so näher liegende Veranlassung in Aussicht stellen.

Zufolge des Rath- und Bürgerschlusses vom 11. August 1859 ist dem Ober-Appellations-Gerichte — Hamburg betreffend — ein ganz neues Feld der Thätigkeit zuertheilt worden, deren Uebung wohl unausbleiblich eine Vermehrung seines Richterpersonales und dadurch zugleich eine Reorganisation des Gerichts mit sich bringen wird, trotzdem nach Artikel 106 dieser „Verfassung von 1850" die Anwendung ihrer Bestimmungen auf das Ober-Appellations-Gerichts ausdrücklich ausgeschlossen worden.

*) Weil es in Hamburg *nicht*, wie z. B. in Preußen, erforderlich ist, daß die Partheien, vor Abgabe des Endurtheils, zur Feststellung des status causae et controversiae in einem besonderen Termin geladen werden.

Welche und wie viele durch die Verheißungen der „Verfassung von 1850" berechtigte Erwartungen aber auch, wie nach dermaligen politischen Constellationen leider befürchtet werden muß, unerfüllt bleiben würden, die Reorganisation des Ober-Appellations-Gerichts mindestens wird als Wahrheit ins Leben treten müssen, und mit ihr der Wunsch aller Gerechten sich erfüllen, daß die maaßlosen Beschränkungen, denen mittelst der hamburgischen Appellabilitäts-Verordnung vom Jahre 1820 und mittelst der Gerichtsordnung für das Ober-Appellations-Gericht, die die, das hamburgische Gebiet angehende Rechtsprechung dieses Instituts unterworfen ist, Beschränkungen, welche gottlob im deutschen Vaterlande nicht an einer zweiten Stelle in dem Maaße sich darbieten, für immer hinweggeräumt werden.

Möge unsern Zeitgenossen gelingen, was schon vor vierzig Jahren unsere Vorfahren im Kampfe erstrebt haben.

Möge Hamburgs Zukunft für immer eine glückliche sein — und die allernächste, mit der wünschenswerthen und oft verheißenen Verbesserung seiner Rechtspflege im Allgemeinen — auch den versöhnenden und von allen freudig begrüßten Tag herbeiführen, an welchem seiner Bevölkerung zuertheilt wird, was ihr unabweisbar und von Rechtswegen gebührt: eine

unverkümmerte dritte Instanz!

Hamburg, im September 1859.

Erkenntnisse

und

Entscheidungsgründe

aus dem Jahre

1856.

№ 1.

In Sachen C. M. Vortmann, jetzt in Firma C. M. Vortmann & Co., Kläger, (Anwald Dr. L. F. Noack) contra Loeser, Mack & Adelsdörfer, Beklagte. (Anwald Dr. Aug. Sutor.)

A. Rechtsfall:

Das Valparaiso-Haus der Beklagten hatte von dem Kläger eine Parthie Goldwaaren zum Verkauf unter folgenden Bedingungen erhalten: 1) daß mindestens zu den Factura deckenden Preisen unter Aufschlag von Fracht, Zoll und Spesen verkauft, 2) daß die unverkaufte Waare dem Kläger franco Spesen incl. Assecuranz und Fracht in 12 Monaten nach Ankunft der Waare in Valparaiso unbeschädigt zurückgestellt werde. — Am 30. November 1853 kam die Waare in Valparaiso an und wurde nur zum Theil verkauft. Die Rücklieferung des Unverkauften hat bis zur Klageerhebung nicht stattgefunden. Der Kläger verlangt nun principaliter den vollen Facturapreis nebst Zinsen, eventuell die Auslieferung des unveräußerten Theiles der Waare und des etwanigen Verkaufsprovenü für den veräußerten Theil derselben.

Das Handelsgericht erkannte hierauf die Abweisung der Klage, wenn Kläger nicht bewiese, das Einverständniß der Partheien sei dahin gegangen, daß Beklagte dem Kläger den Facturapreis auch für den unverkauften Theil der Waare, sofern nicht derselbe innerhalb 12 Monaten von Zeit der Ankunft der Waare zu Valparaiso ihm hieselbst wieder zu Händen komme, vergüten sollten.

Das Obergericht verurtheilte dagegen die Beklagten zur Zahlung des vollen libellati, abzüglich der vom Kläger als für verkaufte Waare bei ihm eingehend bezeichneten Gelder, und behielt rücksichtlich deren Eingang beiden Theilen ihre Gerechtsame vor. Das Oberappellationsgericht erkannte auf beklagtische Appellation zwar das obergerichtliche Decret bestätigend, doch mit dem Zusatze, daß die Beklagten verbunden

seien, dem Kläger auch 6 pCt. Zinsen des libellati seit dem 25. Januar 1855, dem Tage der Klageerhebung, zu bezahlen, letzteres auf Veranlassung der von den Klägern beim Obergericht gegen dessen Spruch eingewandten Restitution.

B. Rechtssätze aus dem Oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse:

1) Auf die mündliche Uebereinkunft der Partheien kommt es beim Vorhandensein späterer entgegengesetzter schriftlicher Abrede nicht mehr an.

2) Trödelvertrag und Consignation sind einander mehrfach ähnlich, zumal wenn der Verkaufscommissionair del credere steht.

3) Diese beiden Verträge unterscheiden sich darin wesentlich, daß der Commissionair ein fremdes, der Trödler dagegen sein eignes Geschäft ausführt.

4) Weder aus dem Mangel eines Vorschusses, noch aus dem Schweigen über Provision ist auf das Vorhandensein eines Trödelvertrages zu schließen, wohl aber aus der Uebernahme aller möglichen Kosten des Hin- und Rücktransportes abseiten der mit dem Verkaufe der Waare Beauftragten.

5) Aus der Uebernahme jener Kosten ist zu schließen, daß den mit dem Verkauf Beauftragten alles zukommen sollte, was sie für die Waaren über deren Limitum hinaus zu lösen im Stande sein würden.

6) Zum Wesen des Trödelvertrages gehört die Angabe eines bestimmten Werthes, und der Trödler, welcher beauftragt ist, die Sache um den möglichst besten Preis zu verkaufen, ist als Institor des andern Contrahenten anzusehen.

7) Der Trödler, welcher die Gefahr der Sache zu tragen hat, steht dem Käufer gleich, welcher versprochen hat, eine empfangene Waare, insofern er sie nicht behalten wolle, binnen gewisser Frist zurück zu geben, also mittelst dieser Handlung sich zu erklären, ob er die ihm zu einem gewissen Preise übergebene Waare zu solchem behalten wolle.

8) Erklärt sich ein solcher Käufer binnen der gesetzten Frist, die Waare nicht behalten zu wollen, liefert sie aber nicht zeitig zurück, so nützt ihm jene Erklärung nichts und er muß den Werth der Waare auf Verlangen bezahlen.

9) Die Entscheidung der Frage, ob beim Trödelvertrag die Gefahr auf den Trödler nicht übergegangen ist, hängt davon ab, wer den Anstoß zu dem Geschäft gegeben hat.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 12. März 1855.

Da, wenn es wirklich die Meinung des Klägers war, daß, so weit die Waaren als zum Facturapreis unverkäuflich sich ausweisen würden, dieselben und zwar unter dem Präjudiz beklagtischer Verpflichtung zur Bezahlung des Facturapreises innerhalb 12 Monat hieselbst wieder in seinen Händen sein, mithin die Beklagten den Risico der Rückreise übernehmen sollten, er seinerseits solches deutlicher, als nach Inhalt der Anlage 2 geschehen, hätte ausbedingen müssen,

daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit seiner angebrachten Klage und für jetzt abzuweisen, er könnte und wollte denn — wie er sodann, vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, innerhalb 8 Tage sub poena desertionis zu thun schuldig — beweisen:

daß wirklich das Einverständniß der Partheien dahin ging, daß die Beklagten ihm den Facturapreis auch für den unverkauften Theil der Waare, sofern nicht derselbe innerhalb 12 Monate von Zeit der Ankunft zu Valparaiso ihm hieselbst wieder zu Händen komme, vergüten sollten;

in welchem Falle demnächst anders erkannt werden würde.

Obergerichtliches Erkenntniß vom 30. April 1855.

(Auf klägerische Appellation.)

Da der Brief des Klägers an die Beklagten vom 31. Juli 1853, mit dessen Inhalt sich die letzteren schriftlich einverstanden erklärt haben, es klar ausspricht, daß die unverkauft gebliebene Waare binnen 10—12 Monaten nach Ankunft derselben in Valparaiso hier zurückgeliefert werden müsse, so daß eine hievon abweichende etwa vorhergegangene mündliche Abrede der späteren unzweideutigen schriftlichen Uebereinkunft gegenüber den Beklagten nicht zum Beweise verstellt werden kann;

da nach den im vorliegenden Fall maßgebenden Grundsätzen des Trödelcontracts die Beklagten, welche innerhalb der gestellten Frist die Waare hier nicht geliefert haben, den Facturapreis derselben bezahlen müssen;

daß das angefochtene Erkenntniß vom 12. März d. J. wieder aufzuheben und Beklagte schuldig seien, dem Kläger die eingeklagten Bco.₰ 4047. 1 ß, abzüglich der von demselben als für verkaufte Waaren bei ihm eingehend bezeichneten Ct.₰ 714. 4 ß, innerhalb 8 Tagen sub poena executionis, mit den Kosten der ersten Instanz, zu bezahlen und werden, sofern jene Ct.₰ 714. 4 ß dem Kläger nicht eingehen sollten, beiden Theilen alle Gerechtsame vorbehalten. Und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 30. Januar 1856.

(Auf beklagtische Appellation und klägerische Restitution. *)

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 30. April v. J. zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch auf Grund der von den Klägern beim Obergerichte eingewandten Restitution dahin abzuändern, daß Beklagte verbunden seien, dem Kläger auch Zinsen à sechs Procent von der libellirten Summe von Bco.₰ 4047. 1 ß seit dem 23. Januar 1855 zu bezahlen; und wird nunmehr, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, die Sache an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Aus No. 7 und 8 der Handelsgerichts-Acten ergiebt sich, daß das Valparaiso-Haus der Beklagten von dem Kläger eine

---

*) F. Blume: Gerichtsordnung für das O. A. G. § 47 Note b.

Parthie Goldwaaren zum Verkauf unter der Bedingung erhalten hat,

1) daß mindestens zu den Factura deckenden Preisen unter Hinzuschlagung sämmtlicher Spesen, Fracht und Zoll verkauft werde;
2) daß die unverkaufte Waare dem Kläger von dem Beklagten franco aller Spesen incl. Assecuranz und Fracht, binnen 12 Monaten nach Ankunft der Waare in Valparaiso unbeschädigt zurückgestellt werde.

Die Waare ist am 30. November 1853 in Valparaiso angekommen, nur zum Theil verkauft,

No. 6 und 10 der Hand. Ger. Acten,

und die angekündigte Rücklieferung des Unverkauften hat weder bis zum 30. November 1854 noch bis zur Klageerhebung am 25. Januar 1855 Statt gefunden. Wenn nun die Beklagten dem principalen Anspruch des Klägers auf Zahlung des vollen Facturapreises nebst Zinsen

a) entgegengesetzt haben, nach mündlicher Abrede auf der Börse, nach Inhalt von No. 7, und nach eigener späterer Auffassung des Klägers, sei von diesem nur Zurücksendung der Waare von Valparaiso binnen 12 Monaten nach dortiger Ankunft, nicht aber Rücklieferung in Hamburg binnen besagter Frist bedungen worden, so war diese Einrede formell deshalb, weil Beklagte das den Einwand implicite verwerfende Handelsgerichts-Erkenntniß der Rechtskraft überlassen haben, so wie, weil der Einwand überdies durch Obergerichts-Erkenntniß ausdrücklich verworfen ist, materiell aber nur deswillen, weil es auf die mündliche Uebereinkunft beim Vorhandensein späterer entgegengesetzter schriftlicher Abrede nicht mehr ankommt, auf Grund des völlig klaren Inhalts von No. 7, so wie wegen zeitiger Verbesserung des in der Klagschrift begangenen, mit deren Inhalt in Widerspruch stehenden Schreibfehlers, zu verwerfen.

Dagegen wird es

b) für den ferneren Einwand der Beklagten, wegen nicht

erfolgter zeitiger Rücklieferung sei nur eine Klage auf Schadensersatz, keine auf sofortige Zahlung des Facturapreises zulässig, erforderlich, zuerst die Natur des Vertrages zu prüfen. Die Beklagten fassen ihn als Consignation, der Kläger als Trödelvertrag auf, Rechtsgeschäfte, welche zumal dann, wenn der Verkaufs-Commissionair del credere steht, mehrfach einander ähnlich sind, gleichwohl darin sich wesentlich unterscheiden, daß der Commissionair ein fremdes, der Trödler dagegen sein eigenes Geschäft ausführt. Für die Annahme eines Trödelcontractes sprechen nun zwar nicht der Mangel eines Vorschusses, indem ein solcher auch bei einem Trödelcontract vorkommen kann; eben so wenig das Schweigen über die Provision, da solche auf Usanz beruhen kann; wohl aber die Uebernahme aller möglichen Kosten des Hin- und Rücktransports abseiten der Beklagten, welche darauf hinweis't, daß nach der Absicht der Contrahenten die gesammte Speculation mit den Waaren nur für Rechnung der Beklagten gehen und Kläger nach Ablauf der vorbedungenen Rücklieferungsfrist Waare oder Preis zurückerhalten wollte und sollte. Denn es läßt sich nicht annehmen, daß die Beklagten für die Uebernahme so bedeutender Kosten ein Aequivalent in einer gewöhnlichen Verkaufs-Provision gefunden haben sollten, und man wird daher berechtigt sein, aus jener Uebernahme zu schließen, daß den Beklagten alles zukommen sollte, was sie für die Waaren über deren Limitum hinaus zu lösen im Stande sein würden.

Zwar kann für das Vorhandensein einer Verkaufs-Commission der Ausdruck, daß die Waare zu Factura deckenden Preisen **mindestens** verkauft werden müsse, angeführt werden, indem man daraus ableitet, daß die Factura ein gewöhnliches Limitum sei, und der Kläger einen Anspruch auf höheren Erlös habe, während er bei'm Trödelcontracte auf die Forderung des Taxwerthes beschränkt ist. Dieses Argument würde keine Bedeutung haben, wenn es wahr wäre, daß zum Wesen

des Trödelvertrages die Angabe eines bestimmten Werthes nicht gehöre. Doch findet sich eine solche Behauptung nur bei

Wening Civilrecht III § 193 not. o. unter Bezugnahme auf

Pöhls Darstellung der Lehre vom Innominatcontract § 12 S. 51 No. 2,

welcher Schriftsteller jedoch durch die Bemerkung, der Trödler, welchem aufgetragen sei, die Sache um den möglichst besten Preis zu verkaufen, werde als Institor des anderen Contrahenten angesehen werden müssen, seiner Bemerkung selbst ihren practischen Werth nimmt. Das aus dem Wort „mindestens" entnommene Argument selbst aber hat nicht die Bedeutung, um gegen obstehende aus der Uebernahme sämmtlicher Kosten entspringende entscheidende Vermuthung für die Auffassung des Geschäfts als Trödelvertrag erheblich in die Waagschale zu fallen. Eben so wenig aber konnte für die Entscheidung obiger Frage darauf Gewicht gelegt werden, daß Kläger in seiner eventuellen Klagbitte die Auslieferung des unveräußerten Theils der Waaren und des „etwaigen Verkaufsprovenü's" für den veräußerten Theil derselben verlangt, da hierunter nur ein „Verkaufsprovenü" in Gemäßheit Vertrags gemeint sein kann, und dieses dem Obigen zufolge ein fixirtes war. Ueberdies würde aus dem in der eventuellen Klagbitte gebrauchten Ausdruck nichts Entscheidendes folgen, da solche für den Fall, daß das Geschäft als Verkaufs-Commission aufzufassen wäre, hinzugefügt sein kann.

Indessen ist mit der Auffassung des Geschäfts als Trödelvertrag die Frage, ob bei nicht zeitig beschaffter Rücklieferung des unverkauften Theils der Waare der Absender ein Recht auf den Facturapreis habe, noch nicht absolut entschieden. Der Trödler, welcher die Gefahr der Sache zu tragen hat, steht dem Käufer gleich, welcher versprochen hat, eine empfangene Waare, insofern er sie nicht behalten wolle, binnen gewisser Frist zurückzuerstatten, also mittelst dieser Handlung sich darüber zu erklären, ob er die ihm zu einem gewissen Preise übergebene Waare zu solchem behalten wolle. Erklärt sich

der Käufer innerhalb der Frist dahin, er wolle die Waare nicht behalten, liefert aber nicht zeitig zurück, so nützt ihm jene Erklärung nichts: denn es war Partheiwille, daß die Erklärung nur mittelst gedachter Handlung ausgesprochen werden dürfe, mit anderen Worten, der Kauf war von Anfang an perfect, seine Auflösung von dem Eintritt eines gewissen Umstandes abhängig. Das Bedenken, ob beim Trödelvertrag, insofern bei solchem die Gefahr auf den Trödler nicht übergegangen ist, was davon abhängt, wer den Anstoß zum Geschäft gegeben hat, und im vorliegenden Falle nicht feststeht, die bedungene Rücklieferung ebenfalls resolutive Bedeutung habe, wird hier durch den präsumtiven Partheiwillen beseitigt. Denn es war anzunehmen, der Kläger und sein Hintermann, der Fabrikant, habe bei Abschluß des vorliegenden Vertrages über Waaren, welche als Modeartikel in nicht langer Zeit viele Procente des Werthes verlieren, die Absicht gehegt, nach Verlauf einer gewissen Zeit seine Waare oder deren facturirten Werth zu erhalten: ist also jene innerhalb des bedungenen Termins nicht zurückgegeben, so tritt der Werth nothwendig an deren Stelle, und die innerhalb der Frist erfolgte Erklärung, zurückliefern zu wollen, ist ohne Bedeutung.

War sonach die Appellations-Beschwerde der Beklagten zu verwerfen, so mußte andererseits der Restitutions-Beschwerde des Klägers entsprochen werden. Die klagend geforderte Summe hat die Natur einer gewöhnlichen Forderung, und es versteht sich daher von selbst, daß Kläger das Recht hat, von solcher seit der Klagbehändigung Proceßzinsen zu verlangen, und deren Uebergehen in dem vorigen Urtheil ihm zur Beschwerde gereicht.

In die Kosten der Appellations-Instanz waren Beklagte zu verurtheilen, da ihre Beschwerde unbegründet befunden worden, die der Restitutions-Instanz dagegen sind stillschweigend verglichen, weil der Beschwerde des Klägers entsprochen, und das vorige Urtheil demgemäß abgeändert werden mußte.

№ 2.

In Sachen **Eduard Bahre**, Klägers, (Anwald **Dr. C. M. Strauch**) contra **Dr. J. C. Knauth** mand. noie **Elisab. Christiane** geb. **Caubet**, des verstorbenen **F. C. Bahre** Wwe., Beklagte. (Anwald **Dr. J. C. Knauth**.)

A. Rechtsfall:

Der in Hamburg verstorbene F. C. Bahre hatte sich 1810 in Bielefeld verheirathet, wo damals das französische Recht galt, und einen Heirathsvertrag mit seiner Frau errichtet. In diesem war universelle Gütergemeinschaft für die Vermögensverhältnisse verabredet und stipulirt worden, daß im Falle beerbter Ehe die Kinder an des verstorbenen Gatten Stelle in der bisherigen Gütergemeinschaft treten und diese zwischen dem überlebenden Gatten und seinen Kindern fortgesetzt werden sollte, dergestalt, daß Jener allein die Verwaltung und Administration über das Gesammtvermögen führe und nur schuldig sei, aus dem Ertrage und Fond desselben die Kinder gehörig zu erziehen. Im Ehevertrage war als Domicil der Ehe Altona, als der damalige Wohnort des Ehemannes, angegeben, den dieser aber nach mehr als 20 Jahren mit Hamburg vertauschte. F. C. Bahre starb mit Hinterlassung einer Wittwe und mehrer mündiger Kinder, und sie setzte unter Assistenz eines Sohnes das Geschäft des Verstorbenen fort.

Nun trat der Kläger, einer der Söhne, mit einer Klage gegen die Mutter auf und verlangte: Beibringung eines Status des beim Tode seines Vaters vorhandenen Gesammtvermögens und Belegung sämmtlicher Nachlaßcapitalien auf gemeinschaftlichen Namen der Mutter und Kinder.

Das Niedergericht wies die Klage, wiewohl unter Compensation der Kosten, ab.

Das Obergericht suspendirte dies Erkenntniß, unter Kostencompensation, und wies die Sache zur weitern Verhandlung an das Niedergericht zurück.

Das Oberappellationsgericht hob auf beiderseitige Berufung das obergerichtliche Erkenntniß wieder auf und stellte das niedergerichtliche her, unter Compensation der Kosten.

B. Rechtssätze:

a) Im Niedergerichtlichen Erkenntnisse:

1) Das Verhältniß eines überlebenden Gatten zu seinen mündigen Kindern ist nach Anleitung des in Gemäßheit der Gesetze seines Errichtungsactes aufgerichteten Heirathsantrages zu beurtheilen, wenn dem keine verbietenden Gesetze entgegenstehen.

2) Aus dem Bestehen einer zwischen Ehegatten vorhandenen allgemeinen Gütergemeinschaft folgt nicht die Verpflichtung der überlebenden Ehefrau, nach ihres Gatten Tode das Capitalvermögen auf ihren und der Kinder Namen zu belegen.

3) Bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft steht den mündigen Kindern kein Aufsichtsrecht in Bezug auf das Gesammtvermögen gegen die Mutter zu.

4) Wohl aber kann nach Hamburgischem Rechte ein einzelnes Kind die Vorlage eines Status über das Gesammtvermögen verlangen.

5) Jedoch steht das Verlangen, daß das väterliche Vermögen auf gemeinschaftlichen Namen von Mutter und Kindern belegt werden solle, nur der Gesammtheit der Kinder, nicht einem derselben zu.

b) Im Obergerichtlichen Erkenntnisse:

1) Nach französischem Rechte dauert nach eines Gatten Tode die communauté légale zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern nicht fort.

2) Eine vertragsmäßige auch von den Gesetzen des Domicils der Ehegatten abweichende Feststellung der Güterrechte zwischen Ehegatten ist zulässig, soweit nicht Prohibitivgesetze des ursprünglichen oder spätern Domicils entgegenstehen.

c) Im Oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse:

1) Das an die rechtzeitige Beibringung des libellus gravaminum gesetzlich geknüpfte praejudicium desertionis bezieht sich auf die ganze Appellation und keineswegs blos auf deren Einführung und die Aufstellung der Beschwerden.

2) Eine nur negative Conformität zweier vorinstanzlicher Erkenntnisse steht der Appellation an die dritte Instanz nicht entgegen.

3) Weder das Altonaer noch das Hamburger Recht enthält irgend welche Prohibitivbestimmungen, welche den Abschluß eines Ehecontractes im Auslande und nach den Formen des dort geltenden Rechts behinderte, oder der vertragsmäßigen Begründung resp. Fortsetzung einer allgemeinen Gütergemeinschaft in und nach der Ehe entgegenstände.

4) Die fortdauernd bindende Kraft einer einmal gültig geschlossenen Ehepacte unterliegt keinem Zweifel.

5) Zwar ist das seinem Ursprunge nach **ex lege** erwachsene gegenseitige Rechtsverhältniß der Ehegatten, seiner rechtlichen Wirkung nach, ganz wie ein **jus pactitium** zu behandeln. Doch

6) für die Frage: ob und welchergestalt eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern eintrete; entscheidet das Recht desjenigen Ortes, wo zur Zeit der Ehetrennung die Ehegatten ihr Domicil hatten.

7) Für die Regulirung der gesetzlichen Erbfolge ist immer das in **domicilio defuncti tempore mortis** geltende Recht entscheidend.

8) Die **communio prorogata** gilt nicht blos als längerer Fortbestand der während der Ehe für den Ueberlebenden schon bestandenen Güterverhältnisse, sondern sie involvirt zugleich ein neues Rechtsverhältniß für die Kinder, wie in Beziehung auf dieselben.

9) Ueber diese erst mit dem Tode und durch diesen eintretende neue und andere Vermögensgemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern kann nur das Recht des Ortes entscheiden, wo dermalen der Ueberlebende sein Domicil und damit das Gemeingut seinen Sitz hat.

10) Das Hamburger Recht giebt nicht einmal den unmündigen Kindern ein unbedingtes Recht auf hypothekarische Sicherstellung der Vermögenssubstanz.

11) Nach Lübischem Rechte kann eine Anlegung des Gemeinguts auf gemeinschaftlichen Namen des Ueberlebenden und der Kinder nicht gefordert werden.

12) Dem Deutschen Rechte ist überhaupt eine solche und überhaupt jede cautelarische Beschränkung der mit dem Beisitze verbundenen mütterlichen Verwaltung auf Gedeih und Verderb fremd, vielmehr fast durchweg bei fortdauerndem Wittwenstande, und abgesehn von schlechter zur Theilung des Sammtguts führender Wirthschafts- und Vermögensverwaltung, der Mutter ein ebenso selbstständiges und ausschließliches Administrationsrecht, wie dem Vater, zuständig. Beschränkt wird dies Recht etwa nur durch die dann für die Mutter auch als Beisitzerin eintretende Geschlechtscuratel.

13) Der Receß von 1529 Art. 33, selbst wenn er noch geltenden Rechtens wäre, giebt nur der Gesammtheit der Kinder das Recht, die Gesammtgüter unter Aufsicht zu nehmen, wenn die Mutter ein einseitiges und eigenmächtiges Verändern, Vergaben, Verpfänden oder Verkaufen derselben bereits vorgenommen hat, nicht aber schon für den Fall, daß blos die Möglichkeit oder

Besorgniß, daß die Mutter ohne Zustimmung der Kinder solche Dispositionen vornehmen werde, vorhanden wäre.

14) Nach der rechtlichen Natur der communio prorogata wie nach der Praxis, haben mündige Kinder nicht das Recht, die Mutter, welche wohl Haus hält, zur Capitalanlage des Sammtguts auf gemeinschaftlichen Namen zu nöthigen, wenn ihnen auch eine Aufsicht über die Verwaltung nicht abzusprechen ist.

15) Auch die älteren Hamburger Schriftsteller geben den mündigen Kindern jenes Recht nicht, höchstens wird von ihnen die Inventarisirung der Güter für nöthig erklärt, wo nach Neigung oder Alter der Wittwe deren Wiederverheirathung zu gewärtigen steht und damit eine Theilung des Sammtgutes nothwendig werden würde.

16) Die hier den Kindern gegen die Mutter in Bezug auf das Sammtgut durchaus und unter gewissen Voraussetzungen zuständigen Rechte können jedenfalls nur von der Gesammtheit der Kinder geltend gemacht werden, nicht aber von einem einzelnen im Widerstreit mit den übrigen.

17) Ein vorhandener Ehecontract geht unbedingt dem gesetzlichen und herkömmlichen Rechte vor.

18) Bei einem Wechsel in den Entscheidungen der beiden untern Instanzen, bei einer Verschiedenheit der den einschläglichen Fragen in allen Instanzen gewordenen Beurtheilung und bei einer unverkennbaren Zweifelhaftigkeit der Rechtssache, war auf eine Compensation der Kosten aller Instanzen zu halten.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 21. Januar 1853.

Da der Antrag des Klägers dahin gestellt ist, die Beklagte als seine Mutter zu verpflichten, theils einen status des beim Tode des verstorbenen F. E. Bahre vorhanden gewesenen Gesammtvermögens beizubringen, theils sämmtliche Capitalien des väterlichen Nachlasses auf ihren und der Kinder Namen auf hiesiger Kämmerei oder im Stadt- oder Landrentenbuche zu belegen; da der verstorbene Bahre sich mit der Beklagten im Jahre 1810 in Bielefeld verehelicht, und damals den als Anl. A ad except. in beglaubigter Form beigebrachten Heirathsvertrag vollzogen hat, nach welchem, da dessen Gültigkeit nach dem damals herrschenden französischen Recht unbestritten, auch

das Verhältniß der Beklagten zu ihren Kindern zunächst zu beurtheilen ist, weil dem keine verbietenden Gesetze entgegenstehen, vielmehr namentlich auch die in § 13 der hiesigen transitorischen Verordnung vom 28. Juli 1815 ausgesprochene Rechtsansicht damit übereinstimmt; -- da die Ehegatten im § 1 des Heirathsvertrages die universelle Gütergemeinschaft für ihre Vermögens-Verhältnisse verabredet haben, für den eingetretenen Fall der beerbten Ehe nach § 4 die Kinder an des verstorbenen Ehegatten Stelle in der bisherigen Gütergemeinschaft treten, und dieselbe zwischen dem überlebenden Ehegatten und seinen Kindern fortgesetzt werden soll, dergestalt, daß nach § 6 der überlebende Ehegatte allein die Verwaltung und Administration über das Gesammtvermögen führe, und nur schuldig sei, aus dem Ertrage und Fond desselben die Kinder gehörig zu erziehen; — da nun eine Verpflichtung der Beklagten, das Capitalvermögen auf ihren und der Kinder Namen beantragter Maßen zu belegen, aus jener ihrer vertragsmäßig erworbenen Stellung keineswegs zu deduciren, vielmehr mit den juristischen Consequenzen aus einer wirklichen Gütergemeinschaft um so weniger vereinbar sein würde, weil bei dieser die Freiheit der Wittwe hinsichtlich des Vermögens keine geringere sein kann, als welche dem Ehemann, falls er der Ueberlebende gewesen wäre, zustehen würde; — da auch die Anstrengung der Beklagten zur Vorlegung eines status nur als Ausfluß und Vorbereitung eines, in substrato von den Kindern aus dem Ehezärter keineswegs geltend zu machenden Aufsichtsrechts zu begründen wäre, mithin die Pflicht dazu zugleich mit dieser ihrer bedingenden Voraussetzung cessiren muß; — da ferner, wenn die Sache, im Widerspruch mit dem Inhalt des Heirathscontractes, nach den Bestimmungen unseres topischen Rechts beurtheilt werden sollte, alsdann zwar dem Antrage auf Vorlegung eines status über den Bahre'schen Nachlaß, wie derselbe zur Zeit der Klage bestand, in Gemäßheit früherer Entscheidungen zu deferiren sein mögte, und zwar schon auf Anhalten eines einzelnen von mehren Kindern, hingegen das zweite Gesuch des Klägers

auch auf diesem Standpuncte als verwerflich erscheinen müßte; da nämlich, wenn es hier dahin gestellt bleibt, in wie weit der, bisweilen aus dem Receß von 1529 Art. 33 gefolgerte Zwang einer Wittwe durch großjährige Kinder, das ungetheilte Vermögen in hiesigen Kammerbriefen und Hausposten auf ihren und der Kinder Namen zu belegen, bei den jetzigen Verhältnissen anwendbar und allgemein durchführbar sein könnte, jedenfalls die Ausführung dieser Maßregel die Fortsetzung eines kaufmännischen oder anderweitig das vorhandene Capital zu seiner Betreibung erfordernden Geschäfts als damit unvereinbar ausschließen würde; da, wenn für den Fall der Unmündigkeit der Kinder die Vormundschafts-Ordnung die Ermächtigung der Wittwe zur Fortsetzung eines Geschäftes von der Untersuchung und Genehmigung durch die obervormundschaftliche Behörde abhängig macht, dafür bei mündigen Kindern deren eigener Entschluß an die Stelle treten muß; da hierbei zunächst eine, etwa nach Quoten gesonderte Beistimmung der einzelnen Kinder nicht statuirt werden kann, sowohl wegen der eventuellen Anwartschaft jedes Einzelnen auf die Antheile auch der Uebrigen, als auch weil in Ermangelung einer wirklichen Abtheilung der anfängliche Belauf eines dergestalt durch Belegung zu isolirenden idealen Theiles in quanto durch jeden Zuwachs oder Verringerung der übrigen Masse gleichfalls afficirt werden müßte; da, wenn sonach der Wille ihrer großjährigen Kinder in diesem Puncte, der Wittwe gegenüber, sich der Letzteren nothwendig als ein einheitlicher darzustellen hat, die Forderung der Einstimmigkeit für die Befugung zu einer mit der gedachten Sicherstellung unvereinbaren Benutzungsart des Vermögens es verkennen würde, daß nach Verschiedenheit der concreten Umstände die Fortsetzung eines soliden kaufmännischen oder sonstigen Betriebes nicht allein bei gleicher Sicherheit positiv vortheilhafter für die Betheiligten, sondern selbst als die einzig genügende Subsistenzquelle erscheinen kann; da hieraus das für den vorliegenden Fall entscheidende Resultat constirt, daß auch nach Hamburgischem Recht der vereinzelte Antrag des Klägers,

im Widerspruch mit den Ansichten seiner sämmtlichen Geschwister, nicht die Kraft haben dürfe, die Beklagte zur Feststellung des gesammten Capitalvermögens in der verlangten Modalität zu nöthigen;

daß Kläger mit der von ihm erhobenen Klage in deren beiden Theilen abzuweisen, die Prozeßkosten jedoch zu compensiren seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 22. Mai 1854.
(Auf klägerische Appellation.)

Daß der von Eckmeyer am 2. Jan. d. J. nachträglich producirte libellus appellatorius, nebst dessen drei Anlagen, als merita causae enthaltend, in Anleitung § 3 des obergerichtlichen gemeinen Bescheides vom 18. Juni 1768 (s. Anderson's Hamb. Privatrecht III. S. 296) ab actis zu rejiciren und von der obergerichtlichen Registratur an Eckmeyer zurückzugeben;

in der Sache selbst aber:

Da zwischen den Eheleuten Bahre am 9. Nov. 1810 ein Ehecontract geschlossen worden ist, welchem zufolge zwischen ihnen eine allgemeine Gütergemeinschaft nach den Vorschriften des code Napoléon stattfinden und diese von dem überlebenden Ehegatten mit den Kindern fortgesetzt werden sollte, wobei jedoch als Domicil der Ehe (L. 5 D. de ritu nupt.) damals Altona, als der im Ehevertrage erwähnte Wohnort des Ehemannes angegeben ward, welchen Wohnort die gedachten Ehegatten späterhin mit Hamburg, woselbst sie in nexum getreten sind, vertauscht haben; da nun die Beklagte die fortdauernde Gültigkeit dieses Ehecontractes dem Kläger gegenüber in Anspruch nimmt; da hier nun zwar zunächst die Frage entsteht, ob die Gültigkeit der in dem gegenwärtigen Rechtsstreite in Betracht kommenden, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern stipulirenden § 4 und 6 des Ehecontractes nach den Vorschriften

des code Napoléon zu beurtheilen ist, welche Gültigkeit zu bestreiten sein würde, weil nach diesen Vorschriften bei einer communauté légale eine solche Fortsetzung überall nicht eintritt, vielmehr die Rechte der Eltern an der den Kindern zufallenden Hälfte des Gesammtgutes sehr beschränkt sind (Art. 384, 1442 und 1474 des code) und den Ehegatten zwar nach dem Rechte des code freisteht, mittelst Beliebung einer communauté conventionelle in einem Ehevertrage mannigfache, von der communauté légale abweichende Bestimmungen zu treffen, jedoch ohne daß sie die gesetzliche, hier durch die communio prorogata beschränkt werdende, überdies als Notherbenrecht erscheinende Successions-Ordnung der Kinder verändern, noch überhaupt den dispositions prohibitives des code derogiren dürfen (Art. 745, 913, 1388 und 1389 des code und § 8 des Ehecontractes), zu welchen Prohibitiv-Dispositionen auch die Verfügung des Art. 815 des code zu zählen sein dürfte; da indeß im vorliegenden Falle die Gültigkeit der §§ 4 und 6 des Ehecontractes, weil die Ehegatten zur Zeit der Eheberedung kein Domicil hatten, woselbst das französische Recht galt, nicht nach diesem Rechte zu entscheiden, sondern vielmehr als eine vertragsmäßige Beliebung aufzufässen ist, bei der sich nur fragt, ob sie, wenn selbst nach französischem Rechte ungültig, nicht an und für sich nach den Rechten des ursprünglichen oder des später gewählten Domicils der Ehegatten als rechtsbeständig anzusehen sein würde, welche Frage zu bejahen ist, weil eine solche vertragsmäßige, wenn auch von den Gesetzen des Domicils abweichende Feststellung der Güterrechte zwischen Eheleuten zulässig ist, insoweit nicht Prohibitiv-Gesetze des unsprünglichen oder des späteren Domicils entgegenstehen, etwas, das, so viel Altona betrifft, vom Kläger nicht behauptet worden, während mit Rücksicht auf Hamburg die Prohibitiv-Bestimmungen des § 13 der transitorischen Verordnung vom 28. Juli 1815 hier offenbar nicht in Betracht kommen;

da somit angenommen werden muß, daß die Eheleute Bahre dem Ueberlebenden von ihnen, den Kindern gegenüber dasselbe

Recht zuzusichern beabsichtigten und zuzusichern berechtigt waren, welches nach den Vorschriften des code Napoléon während der Dauer einer vertragsmäßigen allgemeinen Gütergemeinschaft dem einen Ehegatten gegen den andern zusteht und es sich sonach nur fragt, inwieweit der Kläger nach Maßgabe dieses Rechtsverhältnisses annoch Anträge zu stellen berechtigt sein würde;

da es demzufolge auf die Frage, wie hier und namentlich über die im niedergerichtlichen Erkenntnisse aufgestellten Principien zu erkennen sein würde, wenn die Sache nach den Vorschriften des Hamburgischen statutarischen Rechtes zu entscheiden wäre, so wie auf die vom Kläger angezogene preußische Verordnung vom 9. Sept. 1814 überall nicht ankommt, mithin es eines Erkenntnisses über die zweite, fünfte und sechste Beschwerde des Klägers nicht bedarf, während die erste und dritte sich, wenngleich theilweise aus anderen Gründen, als unerfindlich darstellen und nur auf die vierte für jetzt einzugehen ist,

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 21. Jan. 1853, wiewohl der künftigen Wiederherstellung des dispositiven Theils desselben unbeschadet, für jetzt wieder aufzuheben und die Sache zur ferneren Verhandlung und Entscheidung in Anleitung des gegenwärtigen Erkenntnisses, unter Compensation der im Obergerichte aufgelaufenen Kosten, mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 31. Januar 1856.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und Materialien anlangend, unter Verwerfung der klägerischen Beschwerden, auf Grund der beklagtischen Appellation, wie hiemit geschieht, das Er-

kenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 22. Mai 1854, so viel die in der Hauptsache ergangene Entscheidung betrifft, wieder aufzuheben und das Erkenntniß des Niedergerichts vom 21. Jan. 1853 wieder herzustellen sei;

und wird nunmehr, unter Compensation der Kosten jetziger Instanz, die Sache an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerde, welche klägerischer Seits über die in der sententia a qua verfügte Zurückweisung der Justificationsschrift voriger Instanz und ihrer Anlagen im Grav. I. erhoben worden ist, würde schon um deshalb keine Berücksichtigung haben finden können, weil von dieser Rückweisung Kläger keinerlei Nachtheil erlitten und zu befürchten hat, indem einerseits die im gedachten Libelle nach Maßgabe des beigefügten Fuisseau'schen Gutachtens vorzugsweise ventilirte Frage, ob Gültigkeit oder Ungültigkeit des streitigen Ehezärters nach französischem Rechte anzunehmen stehe, gleichwohl in der sententia a qua eingehender Prüfung unterzogen worden ist, andererseits die Reproduction und Benutzung jenes rejicirten Gutachtens dem Kläger für die höhere Instanz unbenommen blieb und wirklich demnächst erfolgt ist, gleiches auch von den weiteren Anlagen jenes Libells, den Briefen des Th. Bahre, gegolten hätte oder gelten würde, wenn Kläger auf die von der sententia a qua vorläufig bei Seite gesetzte 6te Beschwerde voriger Instanz zurückzukommen sich veranlaßt gefunden hätte oder im weiteren Verlaufe der zwischen ihm und der Beklagten bestehenden Differenzen zu näherer Begründung und Documentirung der der Letzteren vorgeworfenen schlechten Geschäftsführung Veranlassung vorliegen sollte. Allein auch abgesehen davon, daß hiernach jene Beschwerde als ein gravamen inane sich darstellte, konnte sie als begründet um so weniger anerkannt werden, als, wenn wirklich, wie doch

nicht der Fall ist, die verfügte Rejection aus dem vom Obergerichte dafür analog geltend gemachten

Gem. Bescheid des Oberger. vom 28. Juli 1768 § 3

weder an sich noch nach der processualischen Sachlage und dem Verhalten des beklagtischen Sachführers resp. seines Procurators sich rechtfertigen lassen sollte, doch jedenfalls das an die rechtzeitige Beibringung des libellus gravaminum gesetzlich geknüpfte

Verordnung vom 29. December 1815 in Betreff des Verfahrens rc. Art. 44

und bei der erbetenen und ertheilten prorogatio fatalium ausdrücklich dem beklagtischen Anwalte eingeschärfte

vgl. Protoc. Bescheid vom 11. Febr. 1853,

praejudicium desertionis, welches sich auf die ganze Appellation und keineswegs bloß auf deren Einführung und die Aufstellung der Beschwerden bezieht,

vgl. Stat. I 37 § 3 und 6,

Revid. Ger. O. v. 1711 Tit. 45 § 4,

der Annahme des klägerischen Libells mit dem 25. Febr., als dem letzten Tage der erlangten Frist, und falls man die damals um weitere 4 Wochen nachgesuchte Befristung für stillschweigend gewährt ansehen dürfte, unter allen Umständen mit dem 23. März 1853 entgegenstand.

Anbelangend die in der Sache selbst ergangene, vom Kläger in seinen Grav. II u. III, aber auch beklagtischer Seits angefochtene Entscheidung des Obergerichts, so konnte zuvörderst

I. der Einwand der Beklagten für begründet nicht erachtet werden, daß die ganze klägerische Beschwerdeführung gegen das Princip der duae conformes streite, und daß bis auf den einen, vom Obergerichte mittelst Remission zu erneuter Verhandlung und weiteren Entscheidung verstellten, den Gegenstand der beklagtischen Appellation bildenden, vom Kläger aber gar nicht in den Kreis seiner jetzigen Beschwerdeführung gezogenen Streitpunkt, ob und welche andere als die in der Klage beanspruchten Rechte nach Maßgabe der als gültig anerkannten Stipulationen des Chezärters, und insbesondere der im Ober-

gerichts=Erkenntnisse dem § 4 gewordene Auffassung sowohl überhaupt als noch in diesem Prozesse geltend machen könne, alle übrigen in den bisherigen Partheiverhandlungen und Erkenntnissen ventilirten Fragen bereits ihre definitive Erledigung formell gefunden hätten.

vgl. O. A. Ger. Act. [17] p. 10—17
und [6] p. 5. 6
mit [15] p. 7 flg.

Wie nämlich in dem decisum selbst erster und zweiter Instanz eine Difformität evident vorliegt, ist auch in den rechtlichen Auffassungen der vorderen Instanzen, welche die Elemente ihrer Entscheidungen bilden und zu deren Begründung dienen, bei näherem Betrachte eine solche Conformität überall nicht erfindlich, als zur Anwendung jenes Princips des Hamburger Prozesses erforderlich ist. Denn während das Niedergerichts=Erkenntniß zwar auf Inhalt und Bedeutung des Hamburger Rechts näher ein=, aber doch davon ausgeht, daß es auf dasselbe vorliegend gar nicht ankomme, weil lediglich der unter der Herrschaft des französischen Rechts geschlossene, aus diesem zu erklärende wie zu ergänzende und danach unbestritten gültige Ehezärter entscheide, hat umgekehrt die sententia a qua, insofern hier die Gültigkeit der im Ehezärter getroffenen, nach französischem Rechte für ungültig erachteten Stipulationen gerade auf die Nichtanwendbarkeit des französischen Rechts und darauf gegründet wird, daß das Hamburger Recht keine den gedachten Stipulationen entgegenstehende Prohibitiv=Bestimmung enthalte, dessen Anwendbarkeit zum Stütz= und Ausgangspunkt genommen, aber ein näheres Eingehen auf dasselbe um deshalb als überflüssig unterlassen, weil nach Ansicht des Obergerichts Bedeutung und Wirkung der vertragsmäßigen Stipulationen sich nach Inhalt des als Gesetz für unanwendlich erklärten französischen Rechts bestimmen müsse. Es liegt also nur in der speciellen Richtung, nach welchen Rechtsnormen die Natur der verabredeten Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu bestimmen sei, und hier nur eine negative Conformität dahin vor, daß dafür das Hamburger

Recht nicht entscheidend sei; keinesweges aber sind darin, wie beklagtischerseits behauptet werden will, die vorderen Gerichte einverstanden, daß es überhaupt auf das Hamburger Recht nicht ankomme und lediglich der Ehezärter entscheide. Ebenso sind zwar beide Gerichte darüber einverstanden, daß auf das französische Recht zu recurriren sei. Aber wie dessen Sinn und Bedeutung ganz verschieden aufgefaßt wird, insofern das Niedergericht die Abrede über Fortsetzung der Gütergemeinschaft für gültig, das Obergericht für ungültig erachtete, so weichen auch beide über Richtung und Umfang der dem französischen Rechte vindicirten Anwendbarkeit wesentlich von einander, und zwar dahin ab, daß die sententia a qua nur aus dessen Bestimmungen über die dem einen Ehegatten gegen den anderen während der Ehe bei vertragsmäßiger allgemeiner Gütergemeinschaft zuständigen Rechte das rechtliche Verhältniß des Ueberlebenden zu den Kindern erläutert und das desfallsige jus pactitium erst noch ermittelt und festgestellt wissen will, daß hingegen das Erkenntniß erster Instanz auf das für anwendbar und entscheidend erachtete französische Recht die Abweisung der klägerischen Ansprüche stützt und ohne Weiteres deren rechtlichen Ungrund annimmt. Endlich gewinnt es zwar auf den ersten Blick den Anschein, als ob beide Gerichte, wenngleich aus verschiedenen Gründen, über die Gültigkeit des Ehezärters im Allgemeinen wie in Betreff der in dessen § 4 und 6 über Fortsetzung der Gütergemeinschaft getroffenen Stipulationen einverstanden wären. Aber über den Umfang, in welchem diese Gültigkeit anzunehmen stehe, so wie über Sinn und Wirkung der fraglichen Stipulationen geht die Ansicht beider Gerichte so weit auseinander, daß die Conformität nur in der übereinstimmenden Anerkennung des, ohnehin nicht bestrittenen, formell rechtsbeständigen Abschlusses der Eheberedung vom Jahre 1810, so wie in der gleichförmigen Verwerfung der Einwendungen besteht, welche Kläger grundloser Weise aus der

Preuß. Verordn. v. 9. Sept. 1814 § 7 Ges. Samml. 1854 p. 89 flg.,

Hamb. Verordn. vom 28. Juli 1815 § 2,

gegen die fortdauernde Gültigkeit des Ehezärters erhoben hat,

vgl. N. Ger. Act. [7] p. 17, 18 und 24 flg.,

O. Ger. Act. [3] p. 4 sub 2.

daß im Uebrigen dagegen auch nach dieser Seite hin eine Difformität selbst in den Basen und Elementen der bisherigen Erkenntnisse vorliegt.

Bei so bewandter Sachlage kann denn auch darauf kein Gewicht gelegt werden, wenn in der sententia a qua das erste und dritte gravamen voriger Instanz, dagegen gerichtet, daß das Niedergerichts-Erkenntniß den Ehezärter als ein unbestritten gültiges, und nur nach französischem, nicht nach Hamb. Recht zu beurtheilendes Abkommen behandelt habe, für „unerfindlich" erklärt werden, zumal solches mit den Worten „wenngleich theilweise aus anderen Gründen" geschehen, und damit die wesentliche Verschiedenheit der Gesammt-Auffassung eben so direct anerkannt ist, als sie sich aus den vorangeschickten Motiven ergiebt. Es waren vielmehr je nach Maßgabe der beiderseits jetzt erhobenen, oder der etwa beklagtischer Seits aus voriger Instanz revivíscirenden Beschwerden die verschiedenen vorstehend angedeuteten Hauptstreitfragen noch sämmtlich als offen und zu freier diesseitiger Dijudicatur stehend zu betrachten, und steht zunächst und vor Allem

II. die Frage zur Entscheidung, welches Recht, ob das des code Napoléon, welches an dem Ort und zu der Zeit, wo Abschluß des Ehecontracts wie der Ehe selbst Statt fand, gesetzliche Geltung hatte, oder das Recht von Altona oder von Hamburg, als woselbst die Bahre'schen Eheleute ihren ersten, resp. letzten Wohnsitz gehabt haben, über Gültigkeit und Wirkung des streitigen Ehezärters, insbesondere der in dessen § 4 und 6 wegen Fortsetzung der Gütergemeinschaft getroffenen Stipulationen entscheide, resp. wo diese letzteren als zweifelhaft und unzureichend sich ergäben, zu deren Erläuterung und Ergänzung zu dienen habe?

In dieser Beziehung konnte nun

A. das französische Recht als maßgebend für den mate-

riellen Inhalt der getroffenen Eheberedung überall nicht erachtet werden. Denn daß

1) Abschluß und Vollzug des Ehecontracts ganz nach den desfallsigen Vorschriften des

code Napoléon Art. 1394 u. 1398,

erfolgt ist, war natürliche Folge davon, daß in loco contractus das französische Recht galt, so wie nothwendige Folge der von den Partheien beliebten Contractsform, da Seitens des Notars eine officielle Mitwirkung nach anderen Formen und Vorschriften, als des für ihn bindenden Gesetzes nicht statthaft war. Es kann aber diese Abschluß-Form oder der Umstand, daß die Braut und deren Mutter auch ihr Domicil in loco contractus und unter der Herrschaft des französischen Rechts hatten, in materieller Beziehung die Gültigkeit und bindende Kraft des letzteren so wenig zur Folge haben, als zum Beweise desfallsiger Anerkennung und Unterwerfung der Partheien dienen; und zwar um so weniger, weil der Eingang des Ehecontracts den Bräutigam ausdrücklich als zu Altona „domicilirt" bezeichnet, auch weder aus dem Contracte noch anderweit irgend ein Umstand dafür zu entnehmen ist, daß die Verlobten am Orte des Contracts- und Ehe-Abschlusses sich wenigstens vorerst niederzulassen beabsichtigt hätten, mithin die unmittelbar nachher erfolgte Uebersiedelung nach dem Domicile des Bräutigams klar zeigt, daß von vorn herein Altona zum eigentlichen Sitze der Ehe bestimmt war, und daß nur für diesen Ort, resp. für das weiter etwa zu wählende Domicil, die persönlichen und Güter-Verhältnisse des Ehemannes vertragsmäßig haben geordnet werden sollen.

2) Eine ausdrückliche und dabei sowohl an sich klare als generelle Unterwerfung der Contrahenten unter das Recht des code Napoléon, wodurch dieses schlechthin als die allein und unbedingt entscheidende Norm anerkannt wäre, ist in dem Ehezärter nicht zu befinden. Die specielle Bezugnahme aber in dessen § 1 auf den Art. 1526 besagt nichts weiter, als daß die Gütergemeinschaft ihrem Ursprunge nach eine vertragsmäßige sein und dem Umfange nach alles und jedes Gut

beider Theile zum Gegenstande haben, die Ehe nicht als sous le régime légal de communauté geschlossen gelten solle. Und was die im § 8 befindliche Allegation der Art. 1388—1390 u. 1507 betrifft, die „beiden Verlobten bekannt" wären und „als verbindliche Richtschnur anerkannt und als unverletzlich vorausgesetzt" würden, so kann diese, wenn sie überhaupt mehr ist als eine Cautelar-Clausel, welche dem Notare wegen obwaltender Bedenken über die völlige Vereinbarkeit der getroffenen Stipulationen mit dem gesetzlichen Rechte gerathen erscheinen mochte, keinenfalls dahin gemeint gewesen oder zu interpretiren sein, daß, wenn von jenen Artikeln auch nur ein Einziger oder irgend welche disposition prohibitive des code Napoléon direct oder indirect mit Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach dem Tode Eines Ehegatten in Widerspruch ständen, gleichwohl dieselben als schlechthin normativ zu behandeln wären. Denn diese Auffassung würde zu dem geradezu undenkbaren Resultate führen, daß die Ehegatten selbst erst direct in aller Bestimmtheit ihre Absicht einer Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Kindern ausgesprochen, und am Schlusse eben so bestimmt dies als ihre Intention bezeichnet hätten, es solle solche Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eintreten, und die offenbar nur zur Sicherstellung des Ehezärters bestimmte Clausel würde gerad dessen Beseitigung, wenn nicht im Ganzen, doch in Betreff derjenigen Stipulationen zur Folge haben, auf welche es bei contractlicher Festsetzung der Güter-Verhältnisse unverkennbar vor Allem abgesehen war.

3) Gegen die Absicht der Contrahenten, sich dem französ. Rechte zu unterwerfen und dieses unbedingt und generell als maßgebende lex conventionis anzuerkennen, spricht, daß im Ehezärter für die Lebenszeit beider Ehegatten manche Stipulationen ausdrücklich getroffen wurden, welche mit dem Rechte des code Napoléon nicht vereinbar sind, resp. darnach als zulässig überall nicht gelten könnten; so z. B. was im § 2 über die Bezahlung der beiderseitigen künftigen Schulden beider Theile, also auch derjenigen bestimmt ist, welche die nach französ. Rechte

vgl. Zachariä Lehrb. des französ. Rechts 2. Auflage
§ 437 sub 5, § 452 sub 3, § 458 sub 1,

zu einseitiger Contrahirung von Schulden nur als Kauffrau befugte Ehefrau eingegangen wäre, und noch mehr, daß im § 7 trotz der dem Manne reservirten alleinigen Verwaltung gleichwohl zu allen einseitigen Verträgen und Geschäften, ja sogar zu Orts- und Wohnungs-Veränderungen der Consens der Ehefrau für nöthig erklärt wird, was dem französ. Rechte

vgl. Zachariä a. a. O. § 517 u. 430,
Duranton cours de trois civil Tom. III. sub 17 et 29,

gänzlich widerstreitet.

Es läßt sich auch aus dem Ehezärter

4) speciell dafür kein ausreichendes Argument entnehmen, daß die Ehegatten, wie die sententia a qua annimmt, bezüglich der fortgesetzten Gütergemeinschaft und des dann zwischen dem überlebenden Theile und den Kindern bestehenden Verhältnisses die Absicht gehegt und zur Genüge kund gegeben hätten, dem Ueberlebenden dasselbe Recht den Kindern gegenüber zuzusichern, welches während der Dauer einer vertragsmäßigen allgemeinen Gütergemeinschaft dem Einen Ehegatten gegen den Anderen nach den Vorschriften des code Napoléon zustehe, daß sonach bei Aufrechthaltung der über Fortsetzung der Gütergemeinschaft getroffenen Stipulation wenigstens indirect und in so weit das französische Recht den Maßstab für die der Beklagten und dem Kläger zuständigen Befugnisse und damit für die jetzt zu treffende Entscheidung biete.

In dieser Beziehung läßt sich zuvörderst

a) nicht verkennen, wie es alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat, daß die Contrahenten beabsichtigt haben sollten, über ein dem französ. Rechte ganz unbekanntes Rechtsverhältniß, nämlich die Fortsetzung allgemeiner Gütergemeinschaft, die gesetzlichen Regeln entscheiden zu lassen, welche dasselbe, davon ausgehend, daß allgemeine Gütergemeinschaft nur auf dem Wege des Vertrags begründet werden könne, und daß die vertragsmäßige Gütergemeinschaft in allen Punkten, worin dem Gesetze nicht derogirt ist,

vgl. code Napoléon Art. 1528,
den Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft unterworfen bleibe, lediglich für ein ganz anderes Rechtsinstitut, nämlich für die bloß particulare Mobiliar= und Errungenschafts=Gemeinschaft aufgestellt hat. Nicht minder

b) entsteht ein wohlbegründetes Bedenken und ist auch von den Partheien erhoben, daß die Absicht gewesen sein sollte, der Frau als überlebendem Theile die während der Ehe dem Manne zukommende, wesentlich in dessen ehemännlichen und väterlichen Gewalt wurzelnde, fast unbeschränkte Dispositions=Freiheit vollständig zu Theil werden zu lassen, oder umgekehrt die Kinder als in die Rechte des verstorbenen Vaters eingetreten zu behandeln; zu welcher Alternative man doch genöthigt wäre, wenn das zwischen Mann und Frau während der Ehe bei allgemeiner Gütergemeinschaft bestehende Rechtsverhältniß maßgebend sein sollte für die Rechte des Ueberlebenden zu den Kindern. Die Hauptsache ist und bleibt indessen, daß

c) das Princip, nach welchem vom Standpunkte des französ. Rechts aus die sententia a qua das rechtliche Verhältniß der streitenden Theile beurtheilt wissen will, und den Kläger zu Stellung neuer oder Abänderung der bisherigen Anträge zugelassen hat, in dem Ehezärter selbst weder directe Anerkennung noch irgend welche Unterstützung findet. Denn die im § 4 vorkommenden Worte, „so sollten diese (scil. die Kinder) an des verstorbenen Ehegatten Stelle in der bisherigen Gütergemeinschaft treten," besagen weder ausdrücklich, noch haben sie nothwendig den Sinn, daß präcis die nämlichen und vollständig resp. nur alle die Rechte, welche der Verstorbene während der Ehe gehabt hätte, oder, wenn der überlebende Theil ansprechen könnte, auf die Kinder an dessen Stelle übergehen sollten. Vielmehr besagt diese Stipulation wesentlich nichts Anderes, als was in den unmittelbar folgenden Worten ausdrücklich ausgesprochen ist, daß nämlich die Gütergemeinschaft mit dem Tode Eines der Ehegatten nicht aufhören, sondern „zwischen dem überlebenden Ehegatten und seinen Kindern fortgesetzt werden" solle. Vertragsmäßig ist dadurch

nur der Fortbestand selbst der bisherigen Gütergemeinschaft festgestellt, nicht aber die rechtliche Natur und Wirkung dieses Fortbestandes geordnet oder Maß und Bedeutung der in Folge dessen dem einen oder andern Theile zuständigen Rechte an und über das Gesammtgut bestimmt, und zwar letzteres so wenig direct, als etwa mittelbar durch Anerkennung des Princips, es sollten die Befugnisse des Verstorbenen auf die Kinder übergehen. Andererseits hat zwar der § 7 in einzelnen bestimmten Beziehungen Umfang und Dauer der aus dem vertragsmäßigen Fortbestande der Gütergemeinschaft für den einen und andern Theil resultirenden Rechte näher präcisirt. Aber theils ist auch dies wieder in sehr unvollkommener und unvollständiger Weise geschehen, insofern bloß die Administrations-Befugniß und die Erziehungspflicht des Ueberlebenden anerkannt wird; theils kann daraus, daß dieser allein die Verwaltung des gesammten Vermögens führen, die Erziehung der Kinder nicht bloß aus dessen Ertrage, sondern auch Fond geschehen soll, weder überhaupt auf die rechtlichen Beziehungen Beider zu einander und zu dem Gemeingut ein sicherer Schluß, noch vollends die Folgerung gezogen werden, daß das zwischen den Ehegatten nach dem französ. Rechte während der Ehe bei allgemeiner Gütergemeinschaft bestehende Rechtsverhältniß maßgebend sei für die Rechte des überlebenden Theils.

Wenn nun diesem Allen nach

5) für die Beurtheilung der materiellen Gültigkeit, Bedeutung und Wirksamkeit der streitigen Ehepacten das französ. Recht, trotzdem daß sie in den Formen und unter Bezugnahme auf einzelne Bestimmungen desselben, auch an einem Orte, wo es dermalen galt, geschlossen sind, weder im Großen und Ganzen, noch so viel insbesondere die über Fortsetzung der Gütergemeinschaft getroffenen Abreden betrifft, direct so wenig wie mittelbar, als Norm und Basis oder auch nur als Ergänzungsquelle oder Interpretationsmittel anerkannt zu werden vermag, so kann

a) die in den Partheischriften und vorderen Urtheilen, so

wie in dem vom Kläger beigebrachten Gutachten in entgegengesetzter Weise beantwortete Frage, ob nach französischem Rechte eine Uebereinkunft der Ehegatten wegen Fortbestandes der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Theile und den Kindern ungültig sei, oder vollaus gültig oder doch nur von beschränkter und temporairer Wirkung, und was dies vom Standpunkte des französischen Rechts aus je in dem einen oder anderen Falle für das Verhältniß des Klägers zu seiner Mutter und für die gegen selbige erhobenen Ansprüche zur Folge haben würde, ganz auf sich beruhen bleiben. Nicht minder beseitigt sich damit von selbst

b) die Frage: ob es als eine prozessualisch zulässige emendatio libelli, schon an sich oder doch bewandten Umständen nach, anzusehen sei, wenn Kläger auf Grund des in der Replik nur ganz eventuell und generell gemachten Vorbehalts

N. Ger. Act. [7] p. 12. 13.

seinem ursprünglichen Klagpetitum, welches auf Beibringung eines status des bei'm Tode seines Vaters vorhandenen Gesammtvermögens und auf Belegung sämmtlicher Nachlaß-Capitalien auf gemeinschaftlichen Namen der Mutter und Kinder beschränkt war, wegen vermeinter Anwendbarkeit des französischen Rechts, und nach Maßgabe der demselben in dem obgedachten Gutachten gegebenen Auffassung resp. dem Ehezärter vindicirten Bedeutung, in den beiden oberen Instanzen den neuen und weiter gehenden Antrag in eventuell-alternativer Weise adnectirt resp. substituirt hat,

vgl. O. A. Ger. Act. [7] p. 82. 83 mit p. 86 des rejicirten Libells vor. Inst.

daß Beklagte „zur Theilung und Herausgabe des dem Kläger gebührenden Erbtheils" verurtheilt werde resp. Inventar und Rechnungsablage über das beim Tode defti. F. E. Bahre vorhandene Vermögen vorzulegen und darauf die gemeinsamen Güter zu liquidiren und unter die Erben nach Maßgabe der Bestimmungen des code Napoléon zur Vertheilung zu bringen habe.

Zweifelhafter ist

B. die Frage: welches von den deutschen Rechten für die Beurtheilung des Ehezärters und sonst als maßgebend anzuerkennen sei: ob das Recht von Altona, woselbst die Ehegatten unmittelbar nach dem Eheschluß ihren Wohnsitz nahmen und über 20 Jahre behielten, oder das Recht Hamburgs, als des von den Ehegatten später erwählten und sowohl für sie zur Zeit der Ehe-Auflösung, wie auch für die Partheien gegenwärtig noch begründeten Wohnorts? Diese Frage ist

1) für die Gültigkeit, ursprüngliche und dermalige, der im Ehecontracte über Fortsetzung der Gütergemeinschaft getroffenen Abrede von geringer Erheblichkeit. Denn keines dieser beiden Rechte enthält, wie schon die sententia a qua hervorgehoben, und Kläger selbst nicht bestritten hat, irgend welche Prohibitiv-Bestimmung, welche den Abschluß eines Ehecontracts im Auslande und nach den Formen des dort geltenden Rechtes behinderte, oder der vertragsmäßigen Begründung resp. Fortsetzung einer allgemeinen Gütergemeinschaft in und nach der Ehe entgegenstände. Und wenn gültig geschlossen, kann die fortdauernde bindende Kraft der Ehepacten weder nach allgemeinen Grundsätzen, noch vollends für Hamburg

O. A. G. Verordn. vom 28. Juli 1815 § 13

irgend Zweifeln unterliegen. Wohl aber bedarf jene Frage von dem sub A gewonnenen Standpunkte aus einer Entscheidung,

2) wegen unverkennbarer Allgemeinheit und Unvollständigkeit der Vereinbarungen, welche in den § 4 und 6 des Ehecontracts über die bei der beliebten communio prorogata dem einen und andern Theile zuständigen Rechte sich finden, und weil Kläger sich für sein an die Mutter gestelltes Verlangen speciell auf das Hamburger Recht stützt. In dieser Hinsicht könnte es nun wohl den Anschein gewinnen, als ob

a) das Altonaer Recht, als das des ersten Domicils der Ehe, zur Erläuterung und Ergänzung des Ehecontracts zu dienen, resp. für die Anträge Klägers die Norm abzugeben hätte. Denn daß ein späterer Wechsel des Domicils, wie an

dem vertragsmäßig festgestellten Güterrechte der Ehegatten, so auch dann nichts daran zu ändern vermöge, wenn es nur kraft des an deren erstem Wohnorte geltenden Gesetzes durch Niederlassung in bestimmter Weise geordnet ist, daß sonach das seinem Ursprunge nach ex lege erwachsene gegenseitige Rechtsverhältniß der Ehegatten, seiner rechtlichen Wirkung nach ganz wie ein jus pactitium zu behandeln sei, ist ein in der Doctrin lebhaft vertheidigter und in der Praxis vielfach befolgter Satz. Und mag dieser Fortbestand des ursprünglich begründeten Güterrechts auch zumeist nur in Betreff der während der Ehe zwischen den Ehegatten und im Verhältniß zu Dritten bestehenden Rechtsbeziehungen angenommen werden, so läßt sich doch nicht verkennen, daß namentlich bei den verschiedenen Formen der ehelichen Gütergemeinschaft die mit Trennung der Ehe für den Ueberlebenden wie für die etwaigen Kinder eintretenden Successions- und sonstigen Rechte und die während der Ehe zwischen den Gatten selbst bestandenen güterrechtlichen Beziehungen in engem Zusammenhang stehen.

Indessen erscheint doch

b) für die Frage: ob und welchergestalt eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern eintrete, schon im Allgemeinen dies richtiger, das Recht desjenigen Orts, wo zur Zeit der Ehetrennung die Ehegatten ihr Domicil hatten, hier also das Hamb. Recht, entscheiden zu lassen. Denn einestheils handelt es sich hierbei, weil des überlebenden Gatten Rechte an der gemeinen Masse wesentlich auf deren Administration und Nutzung beschränkt sind, und nicht bloß sein schon darin befindliches, sondern auch das künftig ihm anfallende von selbst und nothwendig jener Masse accrescirende Gut den Kindern durch letztwillige Disposition nicht entzogen werden kann, in bei weitem höheren Grade, als z. B. bei der im Falle kinderloser Ehe Platz greifenden s. g. portio statutaria, um die gesetzliche Erbfolge in das, nur dem Gegenstande und Umfange nach noch nicht definitiv festgestellte, auch vorerst den Kindern zu unmittelbarem Genuß und Vortheile noch nicht gereichende elterliche

Vermögen. Für die Regulirung aber der gesetzlichen Erbfolge ist, wie dies auch

Verordn. vom 28. Juli 1815 § 15

ausdrücklich anerkennt, immer das in domicilio defuncti tempore mortis geltende Recht entscheidend. Anderntheils kann jene communio prorogata keineswegs bloß als längerer Fortbestand der während der Ehe für den Ueberlebenden schon bestandenen Güterverhältnisse gelten, sondern trotz allem äußerlichen Anschlusse an letztere, involvirt sie zugleich ein neues Rechtsverhältniß für die Kinder wie in Beziehung auf dieselben, und über diese erst mit dem Tode und durch diesen nach dem Gesetze eintretende neue und andere Vermögens-Gemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern kann nur das Recht des Ortes entscheiden, wo dermalen der überlebende Ehegatte sein Domicil und damit das Gemeingut seinen Sitz hat.

Für das Hamb. Recht, und daß dieses, was denn auch, obschon aus anderen Gründen, von

Trummer, Hamb. Erbrecht Th. I § 147 p. 325

angenommen wird und noch in der

Verordn. vom 28. Juli 1815 § 12

eine Unterstützung finden dürfte, hier als entscheidende resp. als ergänzende und erläuternde Quelle zu behandeln sei, spricht denn auch noch der Umstand, daß Beklagte sich überall nicht auf das Altonaer Recht berufen, Kläger aber ausdrücklich gerade auf das Hamburger seine Ansprüche gestützt hat, und reducirt sich sonach die Entscheidung des im Laufe der Verhandlungen auf ganz andere Bahnen geleiteten Rechtsstreits auf die Frage:

III. ob nach Hamb. Recht Kläger schon an sich, oder doch auf Grund des Ehezärters und nach der factischen Sachlage zu den im Klaglibelle gestellten, oben sub II, A 5 näher angegebenen Anträgen für befugt zu achten sei?

In dieser Beziehung ist nun, wenn man

A. lediglich bei dem stehen bleibt, was aus dem Hamb. Recht hierüber sich ergiebt, oder zu folgern steht, die Zweifelhaftigkeit der Sache nicht zu verkennen.

Zwar wird man

1) zu Klägers Gunsten sich

a) darauf nicht füglich berufen können, daß den mündigen Kindern, da ihnen an dem Sammtgute gleiche Rechte mit den unmündigen zuständen, auch eine ähnliche Sicherheit gegen Verfügungen über dessen Substanz nicht versagt werden dürfe, als unmündigen Kindern durch die Obervormundschaft und die Bestimmungen der Vormundschafts-Ordnung gegeben sei, daß nun aber diese der Mutter sowohl Inventarisirung des Sammtgutes, als dessen Belegung auf ihren und der Kinder Namen zur Pflicht mache. Denn zuvörderst sind

α) die mündigen Kinder auf die Verwaltung der Mutter, und ob sie etwa „nicht wohl Haus halte," selbst zu achten im Stande, und können durch Geltendmachung des ihnen für solchen Fall nach

Statut III, 3. Art. 5

zuständigen Rechts auf Theilung ihre Interessen genügend wahren, was den unmündigen Kindern für ihre eigene Person unmöglich ist, und von den Assistenten, welche der Mutter, wenn sie, wie bei'm Besitz die Regel, selbst die Vormundschaft führt, beigegeben werden sollen, mindestens nicht in gleichem Maße erwartet werden kann. Sodann kommt

β) in Betracht, daß neben dem Sammtgute auch noch ein Separatgut der Kinder von vorn herein gegeben sein, oder hinterher durch einen dem Gemeingut nicht anwachsenden Erwerb derselben entstehen kann. Da nun, wenn auch dessen Verwaltung der Mutter belassen ist, dies nur eine rein vormundschaftliche ist und daher auch nothwendig in der für letztere durch

Art. 45 der Vorm. Ordn. vom 13. Juli 1831 resp. 15. Januar 1838

vorgeschriebenen Weise, also unter hypothekarischer Anlegung, erfolgen muß, so kann, daß diese Art der Anlegung mit Rücksicht auf die am Sammtgute zuständigen, auch den unmündigen Kindern allerdings gebührenden Rechte vorgeschrieben sei, durchaus nicht gefolgert werden. Endlich wird

γ) in der Vormundschafts-Ordnung selbst in Betreff der von der Mutter ausgehenden Verwaltung ein erheblicher Unterschied anerkannt, je nachdem es sich um Sammtgut oder privatives Kindergut handelt, und Vormundschaft und Beisitz in der Person der Mutter coincidiren oder nicht. Denn wie z. B. nach

Art. 21 und 48 der Vormundschafts-Ordnung

die Mutter zwar in Betreff der Capitalien-Verwaltung des Beiraths ihrer Vormundschafts-Assistenten immer bedarf, dagegen die für Privativ-Gut der Kinder zu Umschreibung ꝛc. stets erforderliche Zustimmung der Behörde für alle zum gesammten Gute gehörigen Hypothekposten und Staatspapiere dann für nicht erforderlich erklärt ist, wenn die Mutter, sei es zugleich als Vormünderin ihrer Kinder oder nicht, im Beisitze sich befindet, so soll auch nach

Art. 24. 29 sub c. ebendas.

Aufnahme, wenn auch nicht Vorlegung, eines Inventars über das Gemeingut nur dann geschehen, wenn die Mutter nicht zugleich Vormünderin ist, und hat

Art. 47 ebendas.

insbesondere die hypothekarische Belegung des Gesammtvermögens auf gemeinschaftlichen Namen, wenn mit den Kindern die Mutter im Sammtgute sitzt, ihrem und der Vormünder oder Assistenten, wenn die Großmutter, sogar deren alleinigem Ermessen anheimgestellt. Ein unbedingtes Recht auf derartige hypothekarische Sicherstellung der Vermögens-Substanz ist sonach nicht einmal den unmündigen Kindern gegeben, und kann, daß dies Folge der den Kindern am Sammtgute zuständigen Rechte sei, wohl um so weniger behauptet werden, als früher nach

Klefecker Th. 4 p. 160 u. 213

eine Belegung bei der Kämmerei nur für den Fall, daß trotz anderweiter Verheirathung der Mutter die Realtheilung des Sammtgutes unterblieb, und in Betreff der eigentlichen Kindergelder üblich gewesen und erfordert worden zu sein scheint.

Nicht minder bedenklich ist es, wenn

b) Kläger sich für seine Ansprüche auf das Statut, insbesondere auf

Art. 1 Th. III Tit. 3

beruft, wonach die Kinder als Mit-Erben und Mit-Eigenthümer aller Erb- und Güter zu gelten hätten und sonach auch Anerkennung und Sicherstellung dieser ihrer bereits erworbenen Rechte müßten fordern können. Denn

α) da dieser Artikel nur dies bestimmt, daß bei beerbter Ehe die Theilung nicht mit dem Tode des Einen Ehegatten einzutreten habe, so läßt sich ein sicherer Schluß auf die Natur des den Kindern anfallenden Rechts überall nicht darauf stützen, und vollends bedenklich muß die obige hierauf weiter gegründete Folgerung erscheinen, wenn man bedenkt, wie

Art. 3 u. 5 ejusd. tit.

ohne irgend welche sonstige Bedingung oder Beschränkung, als daß der Wittwenstuhl nicht verrückt und gut Haus gehalten, auch für Erziehung und Ausstattung der Kinder gesorgt werde, dem überlebenden Ehegatten Besitz, Genuß und Verwaltung des Sammtguts ganz, wie wenn es dessen alleiniges Vermögen wäre, zusichert. Auch stimmen

β) die fraglichen Artikel mit dem, dem Hamb. Rechte so nahe verwandten, Lübischen Rechte

vgl. Pauli Abhandl. Th. II p. 140 folg. und
Gries Comment. p. 277 Note 3

wie mit anderen, auf dem Principe einer ehelichen Gütergemeinschaft beruhenden Statuten des übrigen, insbesondere des nördlichen Deutschlands der Sache nach im Wesentlichen überein. Nun aber kann in Lübeck, obschon hier für die unmündigen Kinder, auch wenn die Mutter mit ihnen in ungetheilten Gütern lebt, immer eine besondere Vormundschaft bestellt werden muß, welche das Recht der Mitaufsicht und der Zustimmung zu Verfügungen über Capitalien und Grundstücke hat, so wie über den Bestand des Vermögens im Allgemeinen sich vergewissern darf und soll,

Lüb. Vormundsch. Ordn. v. 11. Oct. 1828 § 26 u. 42

eine Anlegung des Gemeinguts auf gemeinschaftlichen Namen des Ueberlebenden und der Kinder überall nicht, am wenigsten wenn Letztere volljährig sind, gefordert werden. Und überhaupt ist den Deutschen Rechten, mag immerhin in neuerer Zeit die im Beisitze mit den Kindern lebende Mutter mehr wie eine Vormünderin behandelt oder ihr auch ein Vormund für die Kinder zur Seite gesetzt worden sein, eine solche und überhaupt jede cautelarische Beschränkung der mit dem Beisitze verbundenen mütterlichen Verwaltung auf Gedeih und Verderb fremd, vielmehr fast durchweg bei fortdauerndem Wittwenstande und abgesehen von schlechter zur Theilung des Sammtguts führender Wirthschafts- und Vermögens-Verwaltung der Mutter ein eben so selbstständiges und ausschließliches Administrationsrecht wie dem Vater zuständig, eine Beschränkung wenigstens nur durch die etwa noch bestehende und dann für die Mutter auch als Beisitzerin eintretende Geschlechts-Curatel gegeben.

vgl. Lange Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter VIII § 3 flg. p. 236 flg.

Phillips Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft p. 222. 226 flg. und p. 242. 246.

Runde deutsches ehel. Güterrecht p. 254 flg. 283. 299. 311. 320.

Es wäre daher in der Berechtigung, welche klägerischer Seits in Anspruch genommen wird, jedenfalls eine Anomalie zu finden.

Mehr noch als auf das Statut hat

c) Kläger sich auf

Art. 33 des Rezesses von 1529

gestützt, so daß er in dem rejicirten Libelle voriger Instanz seinen Klagantrag gegen die Mutter sogar ausdrücklich dahin formulirte, daß selbige „die Belegung der Güter in Gemäßheit des Rezesses von 1529 nachzuweisen" schuldig erkannt werde.

In dieser Hinsicht kann der auch von

Trummer a. a. O. § 89 flg. und 160 flg.

getheilte Zweifel dahin gestellt bleiben, ob wirklich, wie allerdings

Klefecker a. a. O. Bd. IV p. 484,

Gries Comment. Th. 2 p. 277 vgl. mit p. 72

annehmen, dieser in dem Rezeß vom Jahre 1603 so wenig als in das Statut recipirte, und dabei mit den Artikeln 30—32 und 34, welche beibehalten sind, im engsten Zusammenhange stehende Art. 33 noch immer geltenden Rechtens sei. Denn auch davon ausgegangen, wird doch jedenfalls die Befugniß, welche hier den mündigen Kindern gegen ihre im Sammtgute mit ihnen lebende Mutter zugestanden wird, deren Verwaltungs- und Nutzungsrecht unter Umständen direct wie indirect zu beschränken von dem Gesichtspunkte, daß es sich dabei um eine Strafe des von der Mutter ihren Kindern gegenüber beobachteten Benehmens handelt, aufgefaßt werden müssen, und daher nur in Fällen zur Anwendung kommen können, welche den im Art. 33 aufgezählten Voraussetzungen durchaus entsprechen. Nun aber ist in gedachtem Artikel nicht bloß davon die Rede, daß die Wittwe „one radt unde willen der kynder unde dochtermanne" über die Güter nicht verfügen solle, sonach vorausgesetzt, daß sich dieselbe mit der Gesammtheit ihrer Kinder über die Verwaltung des Sammtguts in Streit befinde, sondern offensichtlich wird auch das den Letzteren, übrigens wieder nur den „kynderen und dochtermanne," also allen Kindern gemeinschaftlich ertheilte Recht, die Mutter „över de guder der namals neen radent mehr hebben" zu lassen, und diese Güter nach bestellter „themelyker boringe" für die Mutter, selbst „in guder upsicht namen" und ihrerseits „to ghedyn unde vordell" anlegen zu dürfen, lediglich für den Fall anerkannt, daß ein einseitiges und eigenmächtiges „voranderen, vorgheven, vorpanden offte vorkopen" bereits stattgefunden hat, wie dies namentlich aus den Schlußworten erhellt, daß „waß syn also vorandert, vorgheven, vorpandet edder vorkofft hefft, tho nenen tyden stede syn" soll. Wie daher um der bloßen Möglichkeit und Besorgniß willen, daß die Mutter ohne Zustimmung ihrer Kinder solche Dispositionen

sich erlauben konnte, und wie sowohl von vorn herein und ganz allgemein, als auch nach freiem Belieben die Kinder eine Sicherstellung durch hypothekarische Anlegung des Sammt-Vermögens auf gemeinschaftlichen Namen zu verlangen auf Grund jenes Artikels für befugt erachtet werden könnten, ist nicht abzusehen, und würde selbst dann zu verneinen sein, wenn ein Besitz im Sammtgute der im Wittwenstande verbleibenden und wohl Haus haltenden Mutter nicht so unbedingt, als es im Statut der Fall ist, zugewiesen wäre.

Steht nun allem Vorstehenden nach das geschriebene Recht Hamburgs der vom Kläger vertretenen Ansicht keineswegs zur Seite, so ist doch

2) in Hamburg einerseits jene gemeinschaftliche Belegung der Sammtgutscapitalien nach dem Zeugnisse bewährter Autoritäten

vgl. Gries a. a. O. p. 231,
Trummer a. a. O. p. 208 und 365

auch in dem Falle üblich, wo die Mutter mit mündigen Kindern im Gesammtgut sitzt, und nicht bloß hat Ersterer sich entschieden dahin erklärt, daß die Kinder unstreitig darauf dringen könnten, sondern es habe auch Beklagte nicht bestritten, daß auf Gries Autorität hin in der vom Kläger replicando

vgl. N. Ger. Act. [7]

allegirten Rechtssache Dr. Hertz ad causam Dr. Voigt contra Dr. Hirsch vom Jahre 1852 das Obergericht eine Berechtigung der Kinder zu solchem Verlangen anerkannt habe. Andererseits hat, so viel den von der Mutter zu liefernden status bonorum und ihre desfallsige Verpflichtung betrifft, Kläger sich gleichfalls und zwar mit den Worten „außer andern" auf übereinstimmende Entscheidung des Niedergerichts und Obergerichts in Sachen Meyer uxor. nom. contra Wwe. Ohl geb. Sigg vom Jahre 1838/39

vgl. N. Ger. Act. [7] p. 33. 34

und daneben auf eine große Zahl älterer Schriftsteller über Hamb. Recht berufen, welche die Wittwe zu Vorlegung eines Güterverzeichnisses für verbunden erklärt hätten.

ibid. p. 32.

Hiernach scheint denn allerdings das vom Kläger gestellte Verlangen, zumal auch die hypothekarische Belegung der Nachlaß-Capitalien in keiner Weise dem Nutzungs-Bezuge, die bloße Verzeichnung derselben aber weder diesem noch dem Administrationsrechte der Mutter Abbruch thun würden, nicht so unbegründet, wie es nach Inhalt der dafür geltend gemachten Gesetze erachtet werden müßte.

Indessen konnte doch

3) entscheidendes Gewicht auch hierauf um so weniger gelegt werden, als für eine derartige aller gesetzlichen Unterstützung entbehrende, und dabei der rechtlichen Natur des Beisitzes wie der Analogie verwandter Rechte widersprechende Gestaltung des in der communio prorogata zwischen den Kindern und dem überlebenden Ehegatten begründeten Verhältnisses, wenn sie bloß durch Praxis und Herkommen begründet sein sollte, die stringentesten Beweise erforderlich wären. Zuvörderst nämlich steht

a) die obige Aeußerung von Gries mit seiner individuellen Auffassung der s. g. communio prorogata, daß sie nämlich nur eine factische Vermischung des beiderseitigen Guts involvire, wobei der Ueberlebende Eigenthümer des seinigen bleibe, die Kinder aber Proprietaire des dem Ueberlebenden nur zu Nießbrauch verbleibenden Vermögens des Erstverstorbenen würden,

vgl. Gries a. a. O. p. 68. 69. 70 in fin. 72 init.

so wie mit der in Hamburger Präjudicaten vorkommenden Ansicht, daß Kinder und überlebender Ehegatte für das Sammtgut gleichsam nur Eine Person bildeten,

vgl. Gries a. a. O. p. 279. 280.

eben so unverkennbar im Zusammenhange, als im Widerspruch mit der Ansicht Trummer's, welcher den Kindern zwar ein Recht der Aufsicht über die Verwaltung der Mutter, ob sie auch wohl Haus halte, zuspricht, dagegen ein Recht derselben, die Mutter zu Capitalanlage auf gemeinschaftlichen Namen zu nöthigen, aus inneren Gründen sowohl wie unter

Berufung auf eigene Erfahrung und auf Zeugniß anderer Praktiker nicht anerkennen zu können entschieden erklärt.

Trummer a. a. O. p. 210 init. und 365 in fin.

b) Die ohnehin geringe Beweiskraft des Einen Präjudicats, welches für die streitige Belegungspflicht der Mutter vorliegt, wird dadurch noch mehr geschwächt, daß das Niedergericht, wenn eine unbestrittene und unbestreitbare Praxis sich dafür erklärt und gerichtsseitig ausreichendes Anerkenntniß gefunden hätte, über diese Frage sicherlich nicht in solcher Weise, wie es in vorliegender Sache geschehen ist, nämlich bloß dahin sich geäußert haben würde, daß es dahin gestellt bleibe, in wie weit der bisweilen aus dem Rezeß von 1529 Art. 33 gefolgerte Zwang einer „Wittwe durch großjährige Kinder" in solcher Weise das ungetheilte Vermögen zu belegen, noch anwendbar und durchführbar sein könnte.

c) Bezüglich der Vorlegung eines status bonorum ist aus neuerer Zeit gleichfalls nur ein einzelnes Präjudicat, welches obenein nur über das dermalige, nicht über das beim Tode des Mannes vorhandene Vermögen die Wittwe zu Vorlegung des status verurtheilte, speciell inducirt. Auf die Autorität aber der allegirten älteren Schriftsteller ist zum Belege einer auf wirkliche Zwangspflicht der Mutter gestellten Praxis bei näherem Betrachte gar kein Gewicht zu legen, da ihre desfallsigen Aeußerungen bald, wie z. B. bei

Vinc. Möller comm. ad Stat. III. 7, Art. 7 (Thes. jur. prov. II. p. 320)

damit zusammenhängen, daß sie den Besitz der Mutter auf das bloße Recht beschränken, aus den Einkünften des Sammtguts so fortleben zu können, wie in des Mannes Hause während der Ehe, bald, wie z. B. in

Ulr. Winckell emendat. et adnott. ad art. 5 h. t. (ibid. I. p. 859)

J. J. Müller adnott. ad. h. t. 5 cit (ibid II. p. 792)

nur als Vorschlag zu einer ihnen angemessen bedünkenden Ergänzung des Statuts sich darstellen, bald wieder, wie in

Schaffhausen Diss. de jure sing. Hamb. c. 2. § 22.

Wolff Diss. de jure sing. circa succes. c. 4, § 4, p. 58
auf einen bloßen Rath hinauslaufen, welcher der Wittwe im Hinblick auf eine möglicher Weise später eintretende Anfechtung ihrer Haushaltung ertheilt wird, und höchstens wie z. B. von

J. J. Müller l. c.

in dem Falle die Inventarisirung für nöthig erklärt wird, wo nach Neigung oder Alter der Wittwe deren Wiederverheirathung zu gewärtigen stehe, und damit denn eine Theilung des Sammtguts nothwendig werden würde. Endlich und vor Allem müßte

d) die hier in Rede stehende doppelte Verpflichtung, da sie aus dem Recesse von 1529 nicht hergeleitet werden kann, und wenn sie aus dem Rechte der Kinder an dem Sammtgute sich ergeben soll, bei der im Allgemeinen beiden Ehegatten im Falle des Ueberlebens gleichmäßig zuständigen Berechtigung zu und aus dem Beisitze offenbar für den Vater, gegenüber den bereits selbstständig gewordenen Kindern, nicht minder begründet sein als für die Mutter. Unzweifelhaft und entschieden steht nun aber dem sowohl die Praxis entgegen als die Doctrin nicht zur Seite, und so wird auch für die Mutter die rechtsverbindende Kraft der für solche Nachweisung und Anlegung des Sammtgutes bestehenden Uebung sich nicht anerkennen lassen.

Wäre es aber auch, ob in solcher Beziehung nicht eine Verpflichtung der Mutter bestehe, im Allgemeinen zweifelhaft, so würde doch

B) die concrete Sachlage, wie sie für den Kläger durch den Ehezärter und sonst gegeben ist, in vorliegendem Falle dessen Anträge als ungegründet erscheinen lassen und zu Abweisung der Klage führen müssen.

Denn es ist

1) im Ehecontract, welcher nach

Statut II., 11. Art. 11

unbedingt dem gesetzlichen oder herkömmlichen Rechte vorgeht, das alleinige, nur durch die Erziehungspflicht beschränkte

Administrationsrecht ohne irgend welche Unterscheidung zwischen Mann und Frau ausdrücklich dem überlebenden Ehegatten zugestanden, und damit genügend dies als die Absicht der Contrahenten kundgegeben, daß die Mutter im Falle des Ueberlebens keine geringeren Rechte und keine anderen Verpflichtungen in Betreff des gemeinen Guts haben solle, als der Vater, welchem doch hypothecarische Anlegung der Gelder und Ausweis über den Nachlaß der Mutter überall nicht und am wenigsten auf Grund des Recesses von 1529 anzusinnen wäre, gehabt haben würde, falls durch den Tod der Frau die Ehe getrennt worden wäre. Sodann handelt es sich

2) vorliegend nach den eigenen Angaben des Klägers nicht etwa darum, die Mutter an Wiederholung bereits geschehener eigenmächtiger Dispositionen über das Sammtgut, oder an dessen Verwendung zu einem von der Mutter neu beabsichtigten, für ihre Kinder und Erben Gefahr drohenden Handelsgeschäfte zu verhindern, auch nicht darum, daß solche Capitalien, welche schon während der Ehe hypothecarisch oder in Kämmereibriefen oder sonst zinsbar angelegt waren, nicht einseitig eingezogen und anderweit verwendet werden könnten, sondern allein darum, die Fortführung des vom Vater überkommenen, seit dessen Tode ungehindert und ohne Widerspruch der übrigen Kinder fortgesetzten, nur durch freie Verfügbarkeit der Nachlaßcapitalien möglichen Geschäfts, welches Kläger als risquant und Verlust bringend wie drohend bezeichnet, der Mutter unmöglich zu machen. Zu Rechtfertigung eines solchen Verlangens aber würde es gewiß der allertriftigsten Gründe und des vollständigsten Nachweises erheblicher Verlüste oder drohendster Gefahr bedürfen, und dazu kann, was Kläger in anscheinend übertriebener Weise in Bezug auf jenes Geschäft, sowie namentlich über und gegen seinen, der Beklagten als erwählter Curator zur Seite stehenden Bruder vorgebracht hat, in keiner Weise für ausreichend erachtet werden. Endlich würde

3) wenn Auflösung des fraglichen Geschäfts und Sicherstellung der bisher dazu verwendeten Nachlaß = Capitalien an

sich wohl motivirt erscheinen, oder auch, wenn dem Verlangen der Receß von 1529 zur Seite stände, doch jedenfalls nur der Gesammtheit der Kinder und zwar incl. der Töchter resp. deren Männer, nicht aber dem Kläger für sich allein oder gar in Widerspruch mit seinen Geschwistern ein Antrag auf hypothecarische Anlegung der Geschäfts-Fonds, wie er sie fordert, zugestanden werden können. Es steht mithin nicht bloß dem Kläger in soweit der beklagtischer Seits erhobene Einwand mangelnder Activ-Legitimation entgegen, sondern in so fern er selbst Jahre lang damit einverstanden gewesen ist, daß die Beklagte das väterliche Geschäft mit den dazu gehörigen Fonds fortsetzte, unterliegt derselbe sogar dem gegründeten Vorwurfe eines dolosen Verhaltens.

Allem Diesem nach war auf Grund der beklagtischen Appellation, wenn auch weder ganz aus den zu deren Rechtfertigung angeführten Argumenten, noch in völliger Zustimmung zu den Motiven der niedergerichtlichen Entscheidung die in erster Instanz ausgesprochene Abweisung der Klage wiederherzustellen, wonach es denn einer speciellen Würdigung der hiemit sich von selbst erledigenden klägerischen gravamina im Einzelnen nicht bedarf. Mit Rücksicht aber auf den eingetretenen Wechsel der Entscheidungen selbst, wie auf die Verschiedenheit der den einschlagenden Fragen in gegenwärtiger und in den vorderen Instanzen gewordenen Beurtheilung und im Hinblick auf die unverkennbare Zweifelhaftigkeit dieser Rechtssache mußte eine Compensation sämmtlicher Kosten angemessen erscheinen, und war solche, wie für die jetzige Instanz zu erkennen, so für die vorige beizubehalten und für die erste wiederherzustellen.

№ 3.

In Sachen J. von der Porten, Kaufmann, Kläger, (Anwald Dr. Knauth) contra Gans & Franck, Kaufleute, Beklagte. (Anwald Dr. G. Hertz).

A. Rechtsfall.

Der Kläger hatte den Beklagten eine Parthei Cigarren in Consignation gegeben, um solche durch ihr Sidney-Haus zu verkaufen, gegen 7½ pCt. Provision und 2½ pCt. del credere, und die Beklagten weigerten sich, dem Kläger für das Verkaufsprovenü der consignirten Waare und für gehörige Verkaufsrechnung aufzukommen. Das Handelsgericht wollte den Kläger an das Sidney-Haus der Beklagten verweisen, selbst für den Fall, daß sämmtliche Theilhaber des Hamburgischen Hauses auch Theilhaber jenes Sidney-Hauses wären, während das Obergericht annahm, daß das hiesige Haus nach Maaßgabe der geführten Correspondenz für das Verkaufsprovenü und folgerecht für gehörige Verkaufsrechnung aufzukommen habe, und demzufolge reformatorisch für den Kläger entschied. Dieser Ansicht trat das Oberappellationsgericht bei.

B. Rechtssätze:

1) Wenn ein Contractsabschluß zwischen zwei Parteien vorliegt, so haftet die eine der andern persönlich aus dem Contracte, insofern sie nicht ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß sie nur Namens eines dritten als dessen Mandatar das Geschäft abgeschlossen hat.

2) Der Committent hat das Recht, den Principal seines Commissionärs, wenn dieser als Factor für jenen handelte, aus dem mit letzterem geschlossenen Vertrage auf Erfüllung desselben zu belangen.

3) Der Verkaufscommissionär, welcher eine Waare unter dem ihm vorgeschriebenen Facturapreise verkaufte, ist verpflichtet, sein Verfahren zu justificiren, seine Rechnung im Einzelnen, so weit thun-

lich, zu belegen, und den Committenten durch Zustellung einer detaillirten Verkaufsrechnung in den Stand zu setzen, die Richtigkeit der Verkäufe zu controlliren.

4) Bei ordnungsmäßiger Ausführung einer Verkaufscommission, namentlich dann, wenn der Commissionär del credere steht, ist es nicht üblich, daß der Commissionär die Namen der einzelnen Käufer aufgebe.

5) Bedarf aber die Verkaufsrechnung noch einer Justification, so befreiet der Umstand, daß der Consignatar das del credere übernommen, nicht von der Verbindlichkeit seine Käufer namhaft zu machen.

6) Würde aber der Consignatar gehörig nachweisen, daß am Verkaufsorte der Verkauf statthafter Weise in der Art geschehen sei, daß Käufer nicht namhaft zu machen seien, so hat das Gericht zu entscheiden, ob es unthunlich sei, eine derartige Namhaftmachung zu verlangen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 6. November 1854.

Da der Kläger seinen Anspruch nicht etwa darauf beschränkt, daß von den Beklagten die erforderliche Diligenz prästirt werde, damit er abseiten des Hauses Franck brothers & Gans in Sidney — an welches die fragliche Waare auf seine Ordre consignirt wurde — die desiderirte und „detaillirte Verkaufrechnung" erhalte, vielmehr derselbe verlangt, daß ihm solche detaillirte Verkaufrechnung von den Beklagten ertheilt werde;

nun aber der Umstand, daß die Beklagten das gedachte Haus als ihr Haus bezeichneten und demgemäß in ihrem Schreiben vom 12. Mai vorigen Jahres die Provision dieses Hauses „unsere Provision in Sidney" nannten, dem Kläger kein Recht gewährt, eine Verbindlichkeit, welche zunächst jedenfalls nur dem Hause in Sidney obliegen könnte, ohne Weiteres gegen das hiesige beklagtische Haus geltend zu machen;

und zwar — vide Obergerichtliches Erkenntniß in Sachen Robinow Söhne c. Bremer & Co. vom 15. April 1844 — selbst dann nicht, wenn auch wirklich sämmtliche Theilhaber

des hiesigen beklagtischen Hauses Theilhaber des Hauses Franck brothers & Gans in Sidney wären,

daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit seiner Klage angebrachtermaaßen abzuweisen.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 12. Februar 1855.
(Auf klägerische Appellation.)

Da nach Maaßgabe der über die hier fragliche Cigarren-Consignation unter den Parteien geführten Correspondenz, namentlich dem Einleitungs-Schreiben des Klägers vom 10. Mai 1853 und der beklagtischen Antwort vom 12. Mai 1853 (Nr. 3 und 16 der früheren Acten) — in welcher letzteren der Passus „unsere Provision in Sidney ist $7\frac{1}{2}$ pCt. und $2\frac{1}{2}$ pCt del credere" für die Beurtheilung der Sache nicht ohne Bedeutung ist — nicht anders angenommen werden kann, als daß die Meinung der Parteien jener Zeit dahin gegangen ist, daß das hiesige beklagtische Haus dem Kläger für das Verkaufs-Provenü der consignirten Waaren, und folgerecht auch für gehörige Verkaufsrechnung aufzukommen habe; da dieser Auffassung auch nicht entgegen stehen kann, daß die Parteien darüber einverstanden gewesen sind, daß die Beklagten den Verkauf der ihnen für Sidney in Consignation gegebenen Cigarren durch Vermittelung ihres dortigen Hauses betreiben lassen sollten, indem dadurch ein obligatorischer Nexus zwischen dem beklagtischen Sidney-Hause und dem Kläger so wenig begründet werden kann, daß dem Letzteren aus eigenem Rechte nicht einmal ein Klagrecht gegen das gedachte Haus zustehen würde; da nun zur Vervollständigung der dem Kläger ertheilten Verkaufsrechnung (Nr. 4 Act.) klägerischer Seits die Angabe der Käufer und der Verkaufsdaten verlangt wird, und mindestens zur Zeit nicht constirt, daß diesem Anverlangen beklagtischer Seits nicht sollte genügt werden können,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a qua vom 6. November vorigen Jahres wieder aufzuheben, und Beklagte die dem Kläger mitgetheilte Verkaufsrechnung, mittelst Angabe der Käufer und der Daten der einzelnen Verkäufe, innerhalb einer ihnen des Endes zu bewilligenden 9monatlichen Frist, sub poena 25 Thaler, zu vervollständigen haben, und dem Kläger dagegen alle Rechtszuständigkeiten vorzubehalten sind.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, nebst den wieder zu versiegelnden Acten zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 29. Februar 1856.

(Auf beklagtische Appellation.)

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 12. Februar vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu bestätigen sei; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Bei Beurtheilung der ersten auf Wiederherstellung des die Klage abweisenden Erkenntnisses des Handelsgerichts gerichteten Beschwerde war

A) von dem unzweifelhaften Satze auszugehen, daß, wenn ein Contractsabschluß zwischen zwei Parteien vorliegt, eine der andern persönlich aus dem Contracte haftet, insofern sie nicht ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß nur Namens eines Dritten als dessen Mandatar der Contract von ihr abgeschlossen sei. Nun aber ergiebt die zwischen den gegenwärtigen Parteien gewechselte den adjungirten Acten des früheren zwischen ihnen verhandelten Processes beiliegende Correspondenz Folgendes:

Nach dem Briefe des Klägers an die Beklagten vom 10. Mai 1853, welcher auf mündlich getroffene Verabredungen Bezug nimmt, haben die Beklagten ihm den Vorschlag gemacht, von seinen Cigarren gegen Vorschuß von zwei Drittel des Factura-Betrages für Sidney in Consignation zu nehmen, das heißt, es zu übernehmen, die Waare in Sidney für ihn zu verkaufen. Der Kläger nimmt in diesem Briefe den Vorschlag an, und zwar, wie er ausdrücklich bemerkt, weil er in den Händen der Beklagten sein Interesse aufs Sicherste gewahrt achtet, daher er es auch für unnöthig hält, den Beklagten ein Limitum für den Verkauf zu setzen. Er erwähnt dabei einer, für den Fall, daß die erste Sendung ein günstiges Resultat liefern sollte, von den Beklagten einzugehenden Verbindlichkeit, keine Sendung von Cigarren irgend einer Art für eigene oder fremde Rechnung nach Sidney zu machen, wenn Kläger sich bereit erkläre, mit den Beklagten oder durch sie die gewünschten Sendungen für Sidney zu beschaffen, und bittet die Beklagten um Bestätigung der angegebenen mündlichen Verabredungen und um Aufgabe der Provision, welche sie in Anspruch nehmen,

Acta adjunct. des Hand. Ger. Nr. 16.

Diese Bestätigung folgt in dem Briefe der Beklagten vom 12. Mai, worin sie schreiben, daß sie für ihren Vorschuß 5 pCt. Zinsen berechnen würden, dann fortfahren:

„Falls wir andere Consignationen in Cigarren bekommen können und gewünschte Quantitäten von Ihnen erhalten können, verpflichten uns, selbige nur einzig und allein von Ihnen zu übernehmen, und machen überhaupt jedes fernere Unternehmen in diesem Artikel von Ihrer Idee abhängig, und nachschriftlich noch bemerken:

Unsere Provision in Sidney ist $7\frac{1}{2}$ pCt. und $2\frac{1}{2}$ pCt. del credere.

Ebendaselbst Nr. 3.

Durch diese beiden Briefe ist der Verkaufsprovisions-Vertrag zwischen dem Kläger und dem Beklagten in eigenem Namen perfect geworden. Weder in dem einen noch in dem andern

ist von dem Hause Franck brothers & Gans in Sidney die Rede, nirgends auch nur angedeutet, daß die Beklagten Namens und im Auftrage dieses Hauses mit dem Kläger contrahirt haben und auch aus dem spätern Briefe des Klägers vom 23. November 1853, worin er den Beklagten Factura über 14 Kisten Cigarren, zu denen die fünf gehören, deren Verkauf Gegenstand des gegenwärtigen Processes ist, übersendet, mit den Worten:

„welche sie nach Uebereinkunft Ihrem Hause Herren Franck brothers & Gans in Sidney zu bestmöglichstem Verkaufe zu übersenden belieben."

Ebendaselbst Nr. 17

ergiebt sich nur so viel, daß die Partheien darüber einverstanden waren, daß der Verkauf in Sidney durch Vermittelung des ebengedachten dortigen Hauses geschehen werde, wie denn auch die von demselben Tage datirende Factura an die Beklagten überschrieben ist und daher durchaus dieser Auffassung entspricht.

Ebendaselbst Nr. 4.

Wenn Beklagte gegen diese Auffassung

1) den processualischen Einwand erheben, es stehe per duas conformes fest, daß der Kläger nicht mit ihnen, sondern mit Franck brothers & Gans in Sidney contrahirt habe, so ist dieser Einwand ersichtlich unbegründet, denn das Obergericht ist so fern davon, letzteres anzunehmen, daß es sogar davon ausgeht, der Kläger habe gar kein Klagrecht gegen das Sidneyer Haus.

2) Nicht minder unzutreffend sind die materiellen Einwendungen der Beklagten, nämlich

a) daß es in der Ueberschrift der oberwähnten Factura vom 23. Mai heiße:

Zum Verkauf durch Vermittelung Ihres Hauses in Sidney, was nach dem Obigen keiner weiteren Widerlegung bedarf. Für den Beklagten würde die Ueberschrift der Factura nur sprechen, wenn sie, unter Adressirung derselben an Franck brothers & Gans in Sidney lautete:

sandten Ihnen durch Vermittelung von Gans & Franck hier zum Verkauf ꝛc.

Das Gleiche gilt

b) von den von dem Beklagten hervorgehobenen Stellen in der früheren Klage.

c) Ebenso unerheblich endlich ist es, wenn, worauf die Beklagten sich berufen, der Kläger ihnen in einem Briefe vom 4. August 1853 in Bezug auf eine spätere Cigarren-Sendung schreibt:

„wegen der Cigarren selbst werde ich den Herren Franck brothers & Gans in Sidney durch Ihre Vermittelung die näheren Details mittheilen."

Ebendaselbst Nr. 6:

Denn wenn er jene Mittheilungen, die er in Betreff der ersten jetzt fraglichen Sendung den Beklagten selbst zu machen verhieß und die sich lediglich auf die Ausführung des Verkaufs bezogen,

Ebendaselbst Nr. 16 und 17

auch durch Vermittelung der Beklagten später dem Hause in Sidney zugehen ließ, so trat er dadurch mit diesem Hause in kein unmittelbares Contractverhältniß.

Es bedarf daher kaum noch der Bemerkung, daß schon aus der bei den adjungirten Handelsgerichts-Acten liegenden Correspondenz,

Ebendaselbst Nr. 7, 9, 10, 13, 18.

und vollends aus der in dieser Instanz von dem Kläger zu den Acten gebrachten und von dem Beklagten als richtig anerkannten Ankündigung der letzteren in der „Börsenhalle" vom 14. Februar 1853

Oberappellations-Acten Nr. 15

klar hervorgeht, daß das Haus Franck brothers & Gans in Sidney ein Zweighaus der Beklagten ist, daß aber, wenn diese in einem solchen Verhältnisse zu jenem Hause stehen, sie selbst dann, wenn sie die Consignation als Factoren ihres Hauses in Sidney übernommen hätten, daraus auf Erfüllung desjenigen vom Kläger belangt werden könnten, worauf dieser

als Verkaufscommittent ein Recht hat, wie dies auch bereits vom Oberappellationsgericht früher ausgesprochen ist.

Martin Steinthal & Comp. c. W. Heiligbrodt. 1827.

Es fragt sich daher

B) nur noch, ob der Kläger in dem gegenwärtigen Falle für befugt zu achten ist, eine detaillirtere Verkaufsrechnung über seine Cigarren, als die ihm ertheilte,

Handelsgerichts=Acten Nr. 4,

zu verlangen. Diese Frage war aber zu bejahen.

Der Kläger hat in seinem Briefe vom 10. Mai 1852 den Beklagten erklärt, er habe für seine Cigarren die äußersten Preise angesetzt, und müsse, um nur zu seinem Gelde zu kommen, die facturirten Preise jedenfalls rein, d. h. nach Abzug aller und jeder Kosten haben.

Acta adjuncta des Handelsgerichts Nr. 16.

Dagegen sollen die in der Factur vom 23. Mai im Ganzen zu Bco.℔ 3095 berechneten Kisten Nr. 92, 94, 101, 102 und 103,

Ebendaselbst Nr. 4,

nach der von Franck brothers & Gans eingesandten Verkaufsrechnung und dem begleitenden Schreiben der Beklagten vom 29. Mai 1854,

Handelsgerichts=Acten Nr. 3 und 4,

nur einen Netto = Ertrag von Bco.℔ 1693 geliefert haben, und wenn man auch berücksichtigt, daß von dem Brutto=Ertrage jener 5 Kisten Fracht und Spesen für die ganze Sendung von 14 Kisten in Abrede gebracht sind, so erreicht doch selbst dieser Brutto=Ertrag von nur £ 201 oder Bco.℔ 2646 noch lange nicht den Facturapreis.

Nun ist aber die eingesandte Abrechnung unverkennbar eine höchst ungenügende, denn nach der Factur enthielt jede der jetzt verkauften großen Kisten eine Anzahl kleinerer mit verschiedenen Sorten Cigarren und zu verschiedenen Preisen.

Acta adjuncta des Handelsgerichts Nr. 4.

In der Verkaufsrechnung dagegen sind von den fraglichen 5 großen Kisten nur ganz im Allgemeinen 2 als zusammen

für £ 99. 1sh., 3 als zusammen für £ 102. 6sh. verkauft aufgeführt, und zwar ohne auch nur die Tage der Verkäufe zu bemerken.

Ist nun der Verkaufscommissionair, welcher eine Waare unter dem ihm vorgeschriebenen Facturapreise verkauft, nach den Grundsätzen des Mandats verpflichtet, sein Verfahren zu justificiren und namentlich seine Rechnung im Einzelnen, so weit thunlich, zu belegen, in welcher Hinsicht es genügt, auf die Entscheidung des Oberappellationsgerichts in Sachen Dr. Engel m. n. c. Ziel & Balzer von 1853 Bezug zu nehmen, so kann noch weniger seine Verpflichtung bestritten werden, den Committenten durch Zustellung einer detaillirten Verkaufsrechnung in den Stand zu setzen, seinerseits die Richtigkeit der Verkäufe zu controlliren.

Die Beklagten beschweren sich nun zwar

II) eventualiter darüber, daß ihnen nicht nachgelassen sei, eidlich zu erhärten,

daß sie weitere Mittheilungen als die dem Kläger gemachten von Sidney über die fragliche Verkaufsrechnung überall nicht erhalten haben.

Allein da nach dem Obigen den Beklagten als Consignataren gerade die Verpflichtung obliegt, detaillirte Verkaufsrechnungen herbei zu schaffen, so ist es klar, daß sie mit dem beantragten Eide nicht abkommen können. Demnächst erst, wenn sie innerhalb der ihnen vom Obergerichte vorberaumten geräumigen Frist von 9 Monaten angegeben haben werden, daß und aus welchen Gründen Franck brothers & Gans außer Stande seien, solche Abrechnungen zu geben, wird es sich fragen, in wiefern sie darüber zum Eide zuzulassen seien.

Wenn endlich

III) die Beklagten sich eventualiter darüber beschweren, daß das Obergericht ihnen auch auferlegt habe, die Namen der Käufer (der einzelnen Partheien Cigarren) anzugeben, so ist es zwar richtig, daß bei ordnungsmäßiger Ausführung einer Verkaufscommission, namentlich dann, wenn der Consignatar del credere steht, eine solche Angabe nicht üblich ist.

Wo aber, wie im vorliegenden Falle, der Verkauf der Art ist, daß er noch einer Justification bedarf, da kann der bloße Umstand, daß der Consignatar das del credere übernommen hat, ihn offenbar nicht von der Verpflichtung befreien, die Namen der Käufer aufzugeben. Wenn übrigens die Beklagten gehörig nachzuweisen vermögen sollten, daß der Verkauf der Cigarren in Sidney statthafterweise in der Art geschehen sei, daß Käufer nicht namhaft zu machen seien, so bleibt es in solchem Falle dem künftigen Erkenntnisse vorbehalten, zu entscheiden, ob und in wieweit dadurch die Behauptung jener Unthunlichkeit bewandten Umständen nach gerechtfertigt erscheine.

Bei völliger Grundlosigkeit ihrer sämmtlichen Beschwerden konnten die Beklagten der Verurtheilung in die Kosten dieser Instanz nicht entgehen.

№ 4.

In Sachen Fiscalis in Criminalibus ex officio inquirentis und peinlichen Anklägers, gegen **Johann Wilhelm Arnold Timm,** Arrestaten, Inquisiten und peinlich Angeklagten. (Vertheidiger Herr **Dr. J. G. Gallois**)

A. Rechtsfall:

Der 19jährige J. W. A. Timm war überführt und geständig, zwei Frauenzimmer durch Raubmord aus dem Wege geräumt zu haben. Das Niedergericht erkannte auf Todesstrafe, und der Defensor glaubte Gründe zu haben, das Obergericht als zweite Instanz recusiren zu dürfen. Ueber die Recusationsfrage entschied das Ober-Appellationsgericht in folgender Weise am 17. Juli 1855 verneinend.

Das Obergericht bestätigte darauf die vom Niedergericht erkannte Todesstrafe, wogegen der Defensor de nullitate judicii queruliren zu müssen glaubte. Auch hierauf erkannte das Ober-Appellationsgericht am 26. März 1856 verneinend, wie folgt.

B. Rechtssätze:

1) Darin, daß die Majorität eines Richtercollegiums in ihrer Eigenschaft als Richter oder als Mitglieder der gesetzgebenden Behörde sich für eine gewisse Rechtsansicht entschieden hat, kann kein Grund zur Recusation des Richtercollegiums gefunden werden, indem daraus dessen Geneigtheit, dieser Rechtsansicht ohne genügende Veranlassung praktische Folgen zu geben, noch keineswegs sich ergiebt.
2) Es ist zulässig, gegen Hamburgische obergerichtliche Criminal-Erkenntnisse an das Ober-Appellationsgericht eine Nullitätsquerel zu richten.
3) Das Ober-Appellationsgericht ist nicht competent in solchen Fällen, wo der Senat als solcher ein Criminalerkenntniß abgegeben, aber wohl, wenn der Senat als verstärktes Obergericht gesprochen hat.
4) Für die Nullitätsquerel beim Ober-Appellationsgericht giebt es keinen besondern Act der Einlegung dieses Rechtsmittels, sondern muß dasselbe zugleich bei der Einführung und innerhalb der für diese bestimmten Frist gerechtfertigt werden.
5) Zur Einführung dieses Rechtsmittels genügt nicht, daß der Querulant nur im Allgemeinen die Gesichtspunkte bezeichne, aus denen er eine Anfechtung des Urtheils beabsichtigt, sondern es müssen die concreten factischen Umstände, welche einen wesentlichen Mangel ergeben, einzeln und genau angeführt werden.
6) In gerichtlichen Criminalsachen muß das Urtheil zweiter Instanz noch jetzt im plenum des Senats beschlossen werden.
7) Hieran hat der Rath- und Bürgerschluß vom 27. März 1851 über die Organisation des Obergerichtes nichts geändert.
8) Für den Begriff des plenum des Senates ist eine volle normalmäßige Besetzung des letzteren nicht unbedingt vorauszusetzen, zumal seit den Rath- und Bürgerschlüssen vom 21. Februar 1850 und 27. März 1851 die Gesammtzahl der Senatsmitglieder von 28 auf 26 reducirt wurde.
9) Ein Umstand, der früher in derselben Sache als Recusationsgrund rechtskräftig verworfen wurde, kann später nicht als Nullitätsgrund gegen das auf Grund jener Verwerfung erlassene Urtheil geltend gemacht werden.
10) Hat ein Beamter die Untersuchung geführt, welcher hiezu verfassungsmäßig nicht berechtigt war, und wird dieser Mangel nicht nachträglich geheilt, so leidet das ganze spätere Verfahren hiedurch an Nullität, weil die Gerichte ihre Entscheidung auf einen Acten-Inhalt gebauet haben, welchem die Eigenschaft einer rechtsbeständigen Grundlage der Aburtheilung und die erforderliche Glaubwürdigkeit abgeht.

11) Die Besetzung der beiden ständigen Criminal-Actuar-Stellen, obwohl vom Senat ausgehend, unterliegt doch der jedesmaligen Genehmigung der Bürgerschaft.
12) Jedoch steht es dem Senate vermöge Hauptreceß Art. V., Nro. 7 zu, bei unzureichenden Kräften in den normalmäßigen Beamtenstellen durch Hülfsarbeiter für die gehörige Erledigung der Rechtssachen selbständig zu sorgen, was die Bürgerschaft implicite durch Anerkennung der für solche Hülfsarbeiter im Budget ausgeworfene Gehalte genehmigt hat.
13) Eine Vertheidigung pro avertenda inquisitione speciali ist freilich zulässig vor dem artikulirten Verhöre; aber nirgends vorgeschrieben, daß eine solche nothwendig sei, oder der Inquisit besonders deshalb befragt werden müsse.
14) Es bildet einen nothwendigen Bestandtheil der vom urtheilenden Richter zu erwägenden Beweisfrage, ob die Ermittelungen der Voruntersuchung genügten, um das Geständniß des Inquisiten mit den dafür gelieferten Unterstützungen als vollbeweisend für seine alleinige Thäterschaft anzuerkennen, oder ob in dieser Hinsicht noch Zweifel übrig seien, welche eine Ergänzung der Untersuchung forderten.
15) Gegen den Inhalt eines obergerichtlichen Erkenntnisses ist eine Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellationsgericht unstatthaft.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 19. Januar 1855.

In Erwägung, daß am 8. Mai vorigen Jahres Morgens die Wittwe Anna Catharina Jacob, geborne Behr, und deren Tochter, Johanna Wilhelmine Margarethe Jacob, in ihrer im Breitengang Hof Nr. 4 belegenen Wohnung todt gefunden wurden, und zwar die Leiche der Mutter auf der Diele, die der Tochter im offenstehenden Keller liegend, beide in ihrem Blute, mit mehreren Wunden; — daß nach dem auf den Sectionsbefund gegründeten Physicats-Gutachten von den vielen zum Theil sehr bedeutenden Verletzungen bei der Wittwe Jacob eine Schnittwunde über den Hals, bei der Tochter eine Stichwunde in den Hals als nothwendig tödtliche Wunden den Tod unmittelbar verursacht hatten, und beiden Per-

sonen diese wie die übrigen vorgefundenen Verletzungen unzweifelhaft von dritter Hand beigebracht sein mußten;

in Erwägung, daß der Angeklagte, nachdem mehrere dringende und zu seiner Ueberführung geeignete Beweisgründe wider ihn erhoben waren, im Bewußtsein von der Vergeblichkeit fernerer lügenhafter Ausreden, ein umständliches, mehrfach und auch im artikulirten Verhör wiederholtes Bekenntniß abgelegt hat, des wesentlichen Inhalts: er habe am 7. Mai Abends um 9 Uhr, auf dem Heimwege von der Nölting'schen Wirthschaft sich entschlossen, die beiden Jacob in ihrem Hause zu ermorden, um sie sodann zu berauben; — zur ungesäumten Ausführung dieses Planes habe er aus seiner Wohnung einen Hammer, ein Brotmesser, und zur Oeffnung von Behältern eine Kneifzange, sowie ein Vorhemd, um durch dasselbe Einlaß bei der Wäscherin Jacob zu finden, mitgenommen, sei auf einem Umwege unbemerkt in den Hof gelangt, habe, als die Wittwe Jacob ihm ihr Haus geöffnet, bei seinem Eintritt dasselbe mit der linken Hand von Innen verschließend, ihr mit dem zugleich hervorgezogenen Hammer mehrere Schläge auf den Kopf versetzt, und, als die Frau um Hülfe rufend zusammen sank, sie mit seinem Messer dergestalt über den Hals geschnitten, daß sie sich nicht mehr regte; — sofort habe er der auf den Hülferuf die Treppe herabkommenden Tochter zwei Schläge mit dem ihm hierbei entgleitenden Hammer auf den Kopf beigebracht, mit ihr, sie am Halse würgend, daß ihr Blut auf seine Hand floß, gerungen, sie niedergeworfen und ihr nun, auf ihr knieend, mit dem wieder ergriffenen Messer so viele Stiche und Schnitte in Hals und Nacken versetzt, daß sie nahe der Kellertreppe endlich von ihm losgelassen, lautlos in den Keller hinabstürzte; — darauf habe er in dem oberen Zimmer sich von Blut gereinigt und die Spuren des Mordes an seinen Kleidern unkenntlich zu machen sich bemühet; nachdem er sein Messer, die Leichen bei Seite schiebend, umsonst gesucht, ein anderes dort gefundenes Messer in Blut getaucht und neben die Leiche der Mutter gelegt, die in einem Pult des oberen Zimmers gefundene Summe

von etwa 100 Mark zu sich genommen und um 11 Uhr das Haus verlassen, worauf er nach der Einkehr in zwei Wirthschaften die Nacht in einem Bordell ruhig schlafend zugebracht habe;

in Erwägung, daß dieses Geständniß, gegen dessen Glaubwürdigkeit die Acten durchaus kein Bedenken ergeben, als der Wahrheit gemäß nicht nur durch den Thatbestand und den Sectionsbefund, sondern außerdem durch manche in der Untersuchung erwiesene Umstände und eidliche Zeugenaussagen bestätigt wird; namentlich durch die Angabe der Nachbaren, welche Abends um 9½ Uhr einen Mann in den Jacob'schen Hof hineingehen sahen, der nicht wieder herauskam, und noch gegen 12 Uhr ein Licht im Keller bemerkten, welches der Angeklagte dort hatte stehen lassen; ferner durch die constatirte Thatsache, daß der Zeuge Weiler um 9¾ Uhr vergebens an die verschlossene Hausthür klopfte, während der Angeklagte in dem erleuchteten oberen Zimmer ihn hörte und seine Entfernung abwartete; — insbesondere durch das auf der Diele von dem Angeklagten zurückgelassene, als ihm gehörig, wie von ihm selbst, so auch von der Ehlers, die dasselbe verfertigt und ihm geschenkt hatte, anerkannte Vorhemd, und das im Keller gefundene, mit dem Angeklagten auch von drei Zeugen als dasselbe, dessen er sich bei'm Brotschneiden zu bedienen pflegte, anerkannte Messer; — außerdem durch den, gleich nach der That von anderen Zeugen bemerkten zerrissenen Rock des Angeklagten und die noch später an diesem Rock und dem Halstuch wahrgenommenen Blutspuren, indem seine frühere Ausrede darüber von ihm selbst widerrufen wurde, nachdem ihre Unwahrheit anderweitig erwiesen war; — endlich durch seine ihn verdächtigende verschwenderische Lebensweise nach dem 8. Mai, und das bei seiner Verhaftung noch vorgefundene ungefähr 40 Mark betragende Geld, welches er auf der Straße gefunden zu haben Anfangs vorgab;

in Erwägung, daß sonach der Angeklagte geständig und durch viele wider ihn sich vereinigende Beweisgründe überwiesen ist, einen zweifachen Mord, in der Absicht zu stehlen,

und darauf einen Raub von ungefähr Hundert Mark ausgeführt zu haben;

in Erwägung, daß die Umstände, unter welchen diese schweren Verbrechen von ihm verübt wurden, im Allgemeinen nirgend die Möglichkeit für eine die Strafbarkeit mildernde Beurtheilung gewähren; — daß die volle Verantwortlichkeit des Angeklagten für die ihn treffende Schuld nach den Acten nicht zu bezweifeln ist; — daß er als das jüngste Mitglied einer unbescholtenen Familie sorgsam erzogen, und in der Jugend seinen Verhältnissen gemäß unterrichtet worden war, bis er als Lehrling und Geselle bei mehreren achtbaren Meistern Unterweisung und lohnende Arbeit während der letzten Jahre gefunden hatte; — daß er aber den Eingriff in fremdes Gut, und als Mittel hierzu die gefühllose Vernichtung des Lebens von zwei wehrlosen Frauen geringer achtete als sein Vorhaben, sich 21 Mark zur Einlösung der versetzten besseren Kleider zu verschaffen, während bei seinem Bruder ein sicherer Verdienst durch Arbeit ihn erwartete, von welchem er nach seiner eigenen Angabe in nicht ferner Zeit nicht nur jenes Geld, sondern auch die zu Bezahlung von ihm geständlich nicht drückenden Schulden erforderlichen Mittel bei geordneter Lebensweise hätte erübrigen können;

in Erwägung, daß die bei der Vertheidigung für den Angeklagten vorgebrachte Behauptung, als sei er während seines Raubmordes betrunken gewesen, zu seiner Entschuldigung überall nicht, und um so weniger gereichen kann, da sie theils in thatsächlichem Widerspruch mit seiner wiederholten Versicherung und mit den Wahrnehmungen der Zeugen steht, wonach er nicht einmal ungewöhnlich aufgeregt gewesen ist; theils durch den besonnenen Vorbedacht, die kaltblütige Ueberlegung und Geflissenheit, welche er bei den Vorbereitungen zur That, bei der Ausführung und unmittelbar nachher bewiesen hat, wie auch durch seine spätere genaue und richtige Erinnerung an alle Einzelheiten des ganzen Vorganges vollständig widerlegt wird;

in Erwägung, daß, wenngleich der Art. 22, Theil 4 des Stadtrechts von 1603 eine Berücksichtigung jugendlichen Alters

auch nach vollendetem 14ten Lebensjahr nicht unbedingt ausschließt, doch nach allgemeinen Grundsätzen, welche unter dieser Voraussetzung die Quelle der Entscheidung liefern, für eine spätere Zeit sowohl die geistige Entwickelung der Person, als zugleich die Eigenthümlichkeit des zu bestrafenden Verbrechens beurtheilt werden muß; — daß aber die Acten kein Anzeichen von Unreifheit des Verstandes oder der Urtheilskraft des Angeklagten darbieten, welches seine Einsicht in die Folgen der That und in deren Strafbarkeit als unzulänglich erscheinen ließe; — daß eben so wenig Uebereilung, Muthwillen oder Mangel an Erfahrung eine That zu erklären vermögten, die vielmehr von dem Angeklagten in seinem 20sten Lebensjahre nur mittelst einer seltenen Vereinigung von Verwegenheit, Schlauheit und nichtsachtender Entschlossenheit ausgeführt werden konnte;

in Erwägung, daß, wenn überhaupt zur Verübung der gröbsten Verbrechen noch verwerflichere Antriebe denkbar wären als Genußsucht und Eitelkeit, diese Rücksicht durch das Zusammentreffen des Raubes mit einer zweifachen Mordthat zu weit überwogen werden müßte, um in einem nach Rechtsgründen zu fällenden Urtheil den Angeklagten mit der gesetzlich verwirkten Strafe zu verschonen;

erkennt das Niedergericht:

daß der Angeklagte, Johann Wilhelm Arnold Timm, zu der, an ihm, und zwar in Gemäßheit des Gesetzes vom 20. October 1854, zu vollziehenden Strafe der Enthauptung zu verurtheilen, auch zum Ersatz der Untersuchungs- und Proceßkosten schuldig sei.

Ober-Appellationsgerichtliches Urtheil vom 17. Juli 1855.

In Sachen Fiscalis ex officio inquirentis und peinlichen Anklägers zu Hamburg, wider Johann Wilhelm Arnold Timm daselbst, Inquisiten und peinlich Angeklagten, dann Appellanten,

wegen Raubmordes, jetzt Recusation betreffend, erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß das wider den Senat der freien Hansestadt Hamburg als Obergericht in Criminalsachen angebrachte Recusationsgesuch, wie hiemit geschieht, zu verwerfen, auch der Angeschuldigte in die durch die Recusation verursachten Kosten zu verurtheilen sei;

und sollen die Acten nunmehr an das Obergericht zurückgesandt werden.

Entscheidungsgründe.

Die an sich zulässige Recusation des Senats als Obergericht in schweren peinlichen Sachen wird von dem Vertheidiger auf eine Befangenheit seiner Mitglieder gegründet und deren Vorhandensein

1) darin gefunden, daß der Senat nach Einleitung des vorliegenden Untersuchungsverfahrens den Erlaß der Verordnung vom 20. October vorigen Jahres über die Vollziehung von Todesstrafen herbeigeführt, die Anfertigung einer Enthauptungs-Maschine veranlaßt und Proben mit solcher habe anstellen lassen. Da jene Verordnung offenbar durch die jetzt zur Beurtheilung stehenden Verbrechen des Angeschuldigten, in Bezug auf welche der Senat durch die ihm abgestatteten Relationen aus den Untersuchungs-Acten fortwährend in Kenntniß gesetzt werde, hervorgerufen sei, so habe der Senat, jedenfalls in seiner Majorität, hiedurch zu erkennen gegeben, daß er die Todesstrafe in Hamburg für eine zur Zeit noch anwendbare Strafart ansehe, theils daß dieselbe in dem vorliegenden Falle aller Wahrscheinlichkeit nach zur Anwendung kommen müsse: er habe mithin den Angeschuldigten von vorne herein verurtheilt. Dieser Schlußfolgerung war jedoch nicht beizutreten. Durch den Erlaß der Verordnung ist deren Vorfrage, ob die Todesstrafe in Hamburg noch im Gebrauch sei, entweder bejaht, oder deren Entscheidung fällt in einem vorkommenden Falle der richterlichen Beurtheilung noch anheim.

Nimmt man Jenes an, so kann darin, daß die Majorität eines Richtercollegiums in ihrer Eigenschaft als Richter oder als Mitglieder der gesetzgebenden Behörde sich für eine gewisse Rechtsansicht entschieden hat, kein Grund zur Verbittung des Richter-Collegiums gefunden werden, indem daraus dessen Geneigtheit, dieser Rechtsansicht ohne genügende Veranlassung praktische Folgen zu geben, noch keineswegs sich ergiebt. In dem anderen Falle aber, w nn man nämlich jene Vorfrage noch für unentschieden hält, wird es der Entscheidung des demnächst erkennenden Richters anheim fallen, sich auch darüber auszusprechen, ob auf Grund der Ausführungen des Vertheidigers, so wie sonstiger Ermittelungen die Abschaffung der Todesstrafe durch Nichtgebrauch in Hamburg feststehe. Auch läßt sich eine Befangenheit des Senats bei Beurtheilung dieser Frage oder bei Beurtheilung des vorliegenden Falles überhaupt in den obgedachten in Folge gedachter Verordnung getroffenen Maaßregeln nicht finden. Der Senat hat als höchste Verwaltungsbehörde für die Beschaffung der Einrichtungen resp. Apparate zu sorgen, durch welche die von den Richtern zuerkannten Strafen schleunig vollstreckt werden können; und würde pflichtwidrig handeln, wenn er damit bis dahin zögern wollte, daß die betreffende Strafe rechtskräftig zuerkannt wäre. Alles, was man in den obgedachten Maaßnahmen finden kann, läuft also darauf hinaus, daß der Senat die Möglichkeit anerkannt habe, es werde im vorliegenden Falle zur Vollstreckung einer Todesstrafe kommen. Diese Anerkennung aber ist weit entfernt, die Annahme zu begründen, es würden dieselben Personen, welche sich für jene Möglichkeit ausgesprochen haben, in der Ausübung ihrer richterlichen Functionen befangen sein, und ohne die vollste Rechtsüberzeugung ihren gewichtigen entscheidenden Ausspruch thun. Auch läßt sich

2) dem Vertheidiger darin nicht beipflichten, wenn er die Befangenheit des Senats mit der Besorgniß motivirt hat, derselbe werde sich durch den Urtheilsspruch nicht compromittiren wollen, was nothwendig der Fall sein würde, wenn Gesetz, Enthauptungsmaschine und Proben ohne praktische

Anwendung bleiben sollten. Denn es ist überall nicht abzusehen, wie es möglich wäre, daß der Senat, welcher für einen vorliegenden Fall seine Pflichten als höchste Verwaltungsbehörde erfüllt hat, in den Augen verständiger Bürger dadurch compromittirt erscheinen könnte, wenn er in seiner Eigenschaft als höchste Richterbehörde den Spruch fällen sollte, daß der gegenwärtige Fall sich nicht eigne, jene Herrichtungen zur Anwendung zu bringen.

Völlig verwerflich endlich erscheint

3) die Aufstellung, das durch die Zeitungen bearbeitete Hamburgische Publikum, von dessen Anschauungen auch die Mitglieder des Senats als dessen Theil nicht frei seien, fordere in seiner leidenschaftlichen Aufregung, daß im vorliegenden Falle ein Exempel statuirt werde. Denn daraus würde sich ergeben, daß der vorliegende wie jeder sonstige Aufsehen erregende Criminalfall überhaupt in Hamburg keine unbefangene Würdigung zu finden vermöge.

Erscheinen sonach sämmtliche von dem Vertheidiger für die Recusation aufgestellten Momente unhaltbar, und ergiebt auch der sonstige Inhalt der eingesandten Acten keinerlei Anhaltspunkt, eine Befangenheit des demnächst erkennenden Richters anzunehmen, so war überall wie im Urtheil geschehen zu erkennen.

Erkenntniß des Senats (als Obergericht)
vom 22. October 1855.

Da der Angeklagte geständig ist, einen zwiefachen Raubmord begangen zu haben, indem er sich am Abend des 7ten Mai 1854 in das im Breitengange, Hof Nr. 4, belegene Haus verfügte, in der Absicht, die Bewohnerinnen desselben, die Wittwe Anna Catharina Jacob, geb. Behr, und deren Tochter Johanna Wilhelmine Margaretha Jacob zu berauben, wobei er vorhersah, diesen Raub ohne Tödtung der beiden Frauenzimmer nicht ausführen zu können, weshalb er sich mit einem Hammer und einem Messer, so wie überdies mit einer

Kneifzange versehen hatte; da er sodann, um Eingang in das Haus zu erlangen, den Vorwand gebrauchte, ein Vorhemd waschen lassen zu wollen, und als die Wittwe Jacob die übergekettete Hausthür öffnete, hineintrat, mit der linken Hand die Hausthür zuschloß und mit dem in die rechte Hand genommenen Hammer dieser Frau mehrere Schläge auf den Kopf versetzte, so daß sie niederfiel, auch ihr, als sie um Hülfe rief, mit seinem Messer so lange über den Hals schnitt, bis sie sich nicht mehr regte; da er hierauf der die Treppe herabkommenden Tochter der Jacob zwei Schläge mit dem Hammer auf den Kopf gab, und als sie sich zur Wehr setzte, sie ergriff, sie am Halse würgte, wobei ihr Blut auf seine Hand floß, sie dann zu Boden warf, und ihr nun, auf ihr niederknieend, mit dem Messer so viele Schnitte und Stiche in den Hals und in den Nacken beibrachte, daß sie die Kellertreppe lautlos, aber, wie das Physicats-Gutachten ergiebt, damals noch lebend hinabstürzte; da er sich nun in dem oberen Zimmer vom Blute reinigte und die Spuren der That an seinen Kleidern zu vertilgen suchte, auch nachdem er das ihm entfallene Messer nicht wiederfinden konnte, ein anderes dort liegendes Messer in Blut tauchte und neben den Körper der Mutter legte, um, wie er zuletzt ausgesagt hat, zu verhindern, daß man nach einem anderen nicht in's Haus gehörenden Messer suche; da er endlich ein im oberen Zimmer befindliches Pult mit dem von ihm gefundenen Schlüssel öffnete, eine Summe von etwa 100 Mark herausnahm, und sich damit aus dem Hause entfernte; da die desfallsigen Aussagen des Angeklagten durch die alsbald am andern Morgen gefundenen Leichen der beiden Ermordeten, so wie durch den Sectionsbericht und das Physicats-Gutachten, durch die Auffindung des von dem Angeklagten mitzunehmen vergessenen Vorhemdes und des zurückgelassenen Messers, so wie eines Theils des geraubten Geldes, und durch vielfache andere Umstände und Zeugen-Aussagen in der Weise bestätiget werden, daß weder über den Thatbestand, noch über die Person des Thäters irgend ein Zweifel obwalten kann; da sonach der

Angeklagte die gesetzliche Strafe des Raubmordes verwirkt hat; da die wider die niedergerichtliche, den Angeklagten für diese That zur Enthauptung, in Gemäßheit der Verordnung vom 20. October 1854, verurtheilenden Findung vom 19ten Januar ds. Js., im Obergerichte vorgebrachten Defensions-Momente nicht zu berücksichtigen sind, weil

1) die Todesstrafe in Hamburg nicht als gesetzlich abgeschafft betrachtet werden kann, indem, selbst abgesehen von der Frage, ob eine solche durch die bestehenden Gesetze vorgeschriebene Strafe durch bloße Nichtanwendung derselben während längerer Zeit würde beseitigt werden können, von einem abrogirenden Gerichtsgebrauche hier um so weniger die Rede sein kann, als die beiden hier in Betracht kommenden Criminalgerichte darüber nicht gleichförmig erkannt haben, auch E. E. Rathe zugleich verfassungsmäßig das Begnadigungsrecht zusteht, daher, wenn Derselbe ein vom Niedergericht gefälltes Todes-Urtheil aus gemildertem Rechte abändert, dadurch nicht ausgesprochen wird, daß solches aus einer anderen Rechtsansicht hervorgegangen sei, als aus derjenigen des Gerichtes erster Instanz, wie denn auch E. E. Rath in dem vom Defensor namentlich hervorgehobenen Pfleging'schen Falle das niedergerichtliche Todesurtheil ausdrücklich für völlig legal erklärt hat; weil

2) die Jugend des Inquisiten an und für sich betrachtet, derselbe zur Zeit der That 19 Jahre und fast 4 Monate alt war, mithin, sowohl nach der Vorschrift des Art. 22, Th. IV. des Statuts, als gemeinrechtlich nach Art. 164 der peinlichen Gerichtsordnung, das Alter der criminalrechtlichen Zurechnungsfähigkeit längst erreicht hatte, während

3) das jugendliche Alter desselben im vorliegenden Falle auch nicht als Milderungsgrund irgend in Betracht kommt, indem weder nachgewiesen, noch nach dem dem Angeklagten zu Theil gewordenen Jugendunterrichte und nach der Umgebung und den Verhältnissen, in denen er lebte, irgend anzunehmen ist, daß ihm nicht die gehörige Einsicht von der Strafbarkeit seiner Handlungen beiwohnte, wie er denn auch bei

der That selbst keineswegs mit jugendlicher Unbesonnenheit oder Uebereilung, vielmehr mit einer Umsicht, Ueberlegung und Festigkeit des verbrecherischen Willens verfuhr, wie solche selbst im reifen Mannesalter selten vorkommen dürften;

(:vergl. Art. 179 der peinlichen Gerichtsordnung:)

4) weil auch sonstige Gründe, die volle Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten zur Zeit der That in Zweifel zu ziehen, nicht vorliegen, indem er weder, wie aus seinen eigenen und aus den Zeugen=Aussagen erhellt, in irgend einem in Betracht kommenden Grade betrunken war, noch, dem Physicats=Gutachten gegenüber, einer von ihm in früher Kindheit erlittenen Krankheit irgend ein Einfluß auf seinen jetzigen geistigen Gesundheitszustand beigemessen werden kann;

5) weil die Unverhältnißmäßigkeit der Schwere des Verbrechens zu den Zwecken, die der Angeklagte dadurch erreichen wollte, keineswegs darauf schließen läßt, daß er nicht mit vollster Willensfreiheit handelte, vielmehr sein Benehmen bei und nach der That nur von der größten Fühllosigkeit zeugt, wie denn auch

6) ein freiwilliges reuiges Geständniß desselben so wenig vorliegt, daß er vielmehr, nach fortgesetztem Läugnen und vorgebrachten mehrfachen Unwahrheiten, und nachdem er Alles aufgeboten hatte, die Spuren seiner That zu verwischen, erst dann zum Geständniß schritt, als er selbst einsehen mußte, die vorhandenen Verdachtsgründe nicht länger beseitigen zu können;

7) weil der frühere gute Lebenswandel desselben, von dem übrigens das Gegentheil seit der Zeit, da der Inquisit Geselle geworden war, nachgewiesen ist, bei der Atrocität des Verbrechens so wenig in Betracht kommen kann, als die behauptete spätere Reue oder die angebliche Leichtigkeit der Begehung der That und die günstige Gelegenheit, deren Vorhandensein nicht einmal behauptet werden kann, weil im Gegentheil ein hoher Grad gemeingefährlichster Verwegenheit dazu gehörte, den Raubmord in der Oertlichkeit und unter den Umständen zu unternehmen, wie sie aus den Acten hervorgehen;

8) weil, wenn irgend einer dieser zur Vertheidigung des Angeklagten geltend gemachten Punkte auch in Betracht kommen könnte, solches weit überwogen wird durch die Schwere des Verbrechens und die Nichtachtung des Lebens zweier wehrloser Frauenzimmer, so wie durch die Rohheit und Grausamkeit, mit denen derselbe diesen Personen gegenüber zu Werke gegangen ist, indem, zufolge des Physicats-Berichtes (Act. No. 60) an der Leiche der Wittwe Jacob 7, an der der Tochter 42, theils Wunden, theils sonstige Verletzungen gefunden wurden; wie denn endlich

9) im Falle des Nichtvorhandenseins der Verordnung über die Vollziehung von Todesstrafen vom 20. October 1854 hier nicht auf die Strafe des Schwertes, sondern nach Art. 16 Theil IV. des Statuts, auf die des Rades zu erkennen gewesen wäre, die Behauptung des Defensors mithin, als sei die durch jenes Gesetz eingeführte Hinrichtungsweise schwerer als die früher gesetzlich vorgeschriebene, abgesehen auch von ihrem sonstigen Ungrunde, in sich selbst zusammenfällt;

daß die niedergerichtliche Findung vom 19. Jan. d. J. dahin: daß der Angeklagte: Johann Wilhelm Arnold Timm zu der an ihm, und zwar in Gemäßheit der Verordnung vom 20. October 1854 zu vollziehenden Strafe der Enthauptung, so wie zum Ersatz der Untersuchungs- und Proceß-Kosten zu verurtheilen sei

lediglich zu bestätigen. Wie E. E. Rath die gedachte niedergerichtliche Findung solchergestalt confirmirt, und den Angeklagten zu solcher wohlverdienten Strafe hiemittelst verurtheilt.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 26. März 1856.

In Sachen Johann Wilhelm Arnold Timm zu Hamburg, Inquisitens und peinlich Angeklagtens, jetzt Querulantens, wider den Fiscalis in Criminalibus ex officio inquirens und peinlichen Ankläger, jetzt Querulaten, Raubmord betreffend,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands für Recht:

daß dem Inquisiten und peinlich Angeklagten wegen der verspätet eingereichten Ausführung seiner wider das Urtheil des Senates der freien Hansestadt Hamburg als Obergerichtes vom 22. October vor. Jahres erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde die gebetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, auch im Uebrigen die Förmlichkeiten des Rechtsmittels für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde theils als unstatthaft, theils als unbegründet zu verwerfen und es daher bei dem gedachten Urtheil zu belassen, der Inquisit und peinlich Angeklagte auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen sei.

Entscheidungsgründe.

1) Die rechtliche Zulässigkeit einer in Hamburgischen Criminalsachen dahier anzubringenden Nichtigkeitsbeschwerde gegen obergerichtliche Erkenntnisse ist bereits wiederholt vom Ober-Appellationsgerichte anerkannt,

vgl. Blume A. A. Ger.-Ordnung zu § 40 not p.,

und insbesondere in der Sache

Dr. Eden m. n. Müller, Januar 1841,

so ausführlich motivirt worden, daß es genügt, hierauf Bezug zu nehmen. Auch daraus, daß das jetzt angefochtene Urtheil nicht von dem Obergerichte in seiner gewöhnlichen Zusammensetzung, sondern von dem Plenum des Senates ausgegangen und in dessen Namen ausgefertigt worden ist, kann ein Bedenken nicht entstehen, da die Competenz des Ober-Appellationsgerichtes, wie ebenfalls schon in einer früheren Sache

Unters. S. wider Hocker, April 1843,

ausgesprochen worden ist, nach § 41 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung zwar für ausgeschlossen gehalten werden muß, wo eine vom Senat als solchem abgegebene Entscheidung in Frage steht, nicht aber da, wo derselbe, wie dies in ge-

richtlichen Criminalsachen nach Art. 15 und 30 der Verordnung wegen veränderter Organisation der Justizbehörden vom 29. December 1815 der Fall ist, lediglich in der Eigenschaft als verstärktes Obergericht ein Urtheil erlassen hat.

2) Die Förmlichkeiten des ergriffenen Rechtsmittels sind in soweit, daß dasselbe jedenfalls der materiellen Prüfung des Ober-Appellationsgerichts unterliegen mußte, gewahrt worden. Dies ist zwar nicht geschehen durch die erste Eingabe des Vertheidigers vom 24. October vor. Jahres, welche rubricirt ist: Einlegung des Rechtsmittels der querela nullitatis etc., und worin er anzeigte, daß er das obergerichtliche Urtheil aus Gründen anzufechten gedenke, die auf einem wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen und des gerichtlichen Verfahrens beruhten. Einen besonderen Act der Einlegung giebt es für die Nichtigkeitsbeschwerde nach § 164 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung nicht, vielmehr wird hier verlangt, daß das Rechtsmittel in einer bestimmten Frist dahier eingeführt und gerechtfertigt werde. Nun kann es aber nach der Natur dieses Rechtsmittels, bei welchem es sich nicht um die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des vorigen Urtheils, sondern um das Dasein oder Nichtdasein bestimmter gesetzlich begrenzter Mängel handelt, zur Einführung desselben nicht genügen, daß der Querulant nur im Allgemeinen die Gesichtspunkte bezeichne, aus denen er eine Anfechtung des Urtheils beabsichtige, sondern es müssen die concreten factischen Umstände, welche einen wesentlichen Mangel ergeben sollen, einzeln und genau angeführt werden; eine Vorschrift, welche für Civilsachen in der

K. G. O. von 1855, Th. III. Tit. 34, § 4,

ausdrücklich gegeben ist, und welche in Gemäßheit des § 190 der O.-A.-Ger.-Ordnung auch in Criminalsachen Anwendung findet, wie bereits in dem oben angeführten Präjudikat

Dr. Eden m. n. Müller, 1841

angeführt worden ist. Die gedachte Eingabe hatte daher nur die Eigenschaft einer Ankündigung der Nullitätsquerel, welche den Zweck verfolgte, ein vorläufiges Inhibitorium zu erlangen.

Dagegen war die Einführung des Rechtsmittels durch die weitere Eingabe des Vertheidigers vom 1. November v. J. für nothdürftig beschafft zu erachten, indem hier die Mängel, mit welchen das ergangene Urtheil und das bisherige Verfahren behaftet sein soll, speciell angegeben wurden; obwohl es dabei an einer näheren Ausführung noch fehlte, so war das Gericht doch in den Stand gesetzt, zu erkennen, welche Mängel dem angegriffenen Urtheil zum Vorwurf gemacht wurden, und dieselben nöthigenfalls aus dem Inhalt der Voracten einer rechtlichen Prüfung zu unterziehen. Der Vertheidiger hat nun auch noch eine weitere Ausführung der geltend gemachten Nichtigkeitsgründe geliefert, diese ist jedoch erst am 3. Januar dieses Jahres dahier eingegangen und daher offenbar verspätet, da der § 164 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung eine achtwöchige Frist, von der Publication des angegriffenen Urtheils an, nicht bloß für die Einführung, sondern auch für die Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich als Nothfrist vorschreibt, und an dem Lauf derselben durch die Decrete vom 25. October und 3. November vorigen Jahres nichts geändert worden ist. Es konnte daher nur in Frage kommen, ob dem gleichzeitig eingereichten eventuellen Restitutionsgesuche zu entsprechen sei. Dies war aber unbedenklich zu bejahen, da nach Lage der Sache und den eigenen Angaben des Vertheidigers die Schuldlosigkeit des Inquisiten an der Versäumung keinem Zweifel unterliegt. Auch lag zu einer Bestrafung des Vertheidigers wegen der Verspätung kein Grund vor, da derselbe in Folge des Decrets vom 5. Januar dieses Jahres bescheinigt hat, daß er zu Anfang des Monats December erkrankte und für einige Zeit an seinen Berufsarbeiten verhindert wurde, die Nothfrist aber am 17. December ablief.

3) Soviel die Sache selbst betrifft, so mußten sämmtliche zur Nachweisung einer Nichtigkeit aufgestellte Beschwerden theils als unbegründet, theils als unstatthaft verworfen werden, ohne daß es erst noch einer vom Obergerichte zu erfordernden Erklärung bedurfte.

1) Die erste Beschwerde geht dahin, daß es bei Aburtheilung der Sache in zweiter Instanz an der gehörig besetzten Richterbank gefehlt habe, weil im Senat notorisch seit Jahr und Tag zwei Bürgermeisterstellen unbesetzt seien, während grundgesetzlich innerhalb 8 Tagen vom Tode eines Senatsmitgliedes an zur Neuwahl geschritten werden müsse, in gerichtlichen Criminalsachen aber jeder Inquisit ein Recht darauf habe, daß ihm vom vollzähligen Senat das Urtheil gesprochen werde. Es leidet nun zwar keinen Zweifel, daß in gerichtlichen Criminalsachen das Urtheil zweiter Instanz noch jetzt im Plenum des Senates berathen und beschlossen werden muß. Denn das Reglement der Rathssessionen von 1812 schrieb dies im membr. II. Nr. 7 für alle Criminalsachen ausdrücklich vor, und da der Artikel 15 der Verordnung vom 29. December 1815 bestimmt, daß in gerichtlichen Criminalsachen zu der Abtheilung des Senates, welche jetzt regelmäßig das Obergericht bildet, „auch die übrigen Membra Senatus, die sonst dazu berufen wurden," gleichfalls mit zugezogen werden sollen, hieran auch bei der durch Rath- und Bürgerschluß vom 27. März 1851 beliebten Organisation des Obergerichts nichts geändert worden ist, so ergiebt sich daraus die Fortdauer jener Vorschrift für die Entscheidung gerichtlicher Criminalsachen von selbst. Allein es kann ganz dahin gestellt bleiben, ob eine volle normalmäßige Besetzung des Senates für den Begriff des „Plenum" unbedingt vorausgesetzt wird. Denn jedes Bedenken in dieser Hinsicht beseitigt sich, wie der Fiscal mit Recht erwidert hat, dadurch, daß mittelst der Rath- und Bürgerschlüsse vom 21sten Februar 1850 und vom 27. März 1851

(Samml. der Verordnungen, Bd. 21, S. 514, 514. Bd. 22, S. 115, 119.)

die Wiederbesetzung der hier in Rede stehenden beiden Bürgermeisterstellen ausdrücklich auf unbestimmte Zeit ausgesetzt und somit die Gesammtzahl der Senatsmitglieder auf verfassungsmäßigem Wege für jetzt von 28 auf 26 reducirt worden ist. Die aus den gedachten beiden Vacanzen hergenommene Anfechtung ist hiernach augenscheinlich grundlos.

2) Die **zweite Beschwerde** besteht darin, daß der Senat als solcher bei der Verurtheilung des Inquisiten zum Tode ein eigenes Interesse gehabt habe, weil eine folgerichtige Consequenz des neusten Gesetzes über Hinrichtungen

(vom 20. October 1854)

ihn, wenn auch unbewußt, zur Anwendung der Todesstrafe habe führen müssen. Da jedoch eben diese Behauptung bereits vor der obergerichtlichen Aburtheilung als Recusationsgrund geltend gemacht und als solcher durch das diesseitige Erkenntniß vom 17. Juli vorigen Jahres rechtskräftig verworfen worden ist, so folgt ganz von selbst, daß die Behauptung gegen das nunmehr auf Grund jener Verwerfung erlassene Urtheil in keiner Weise einen Nichtigkeitsgrund abgeben kann.

3) Als **dritte Beschwerde** macht der Vertheidiger geltend, daß die Inquisition in vorliegender Sache von einem Beamten geführt worden, welcher verfassungsmäßig dazu nicht berechtigt gewesen sei. Dieser Nichtigkeitsgrund konnte zwar

a) nicht für unstatthaft erachtet werden, wie dies der Fiscal deshalb meint, weil derselbe nicht das obergerichtliche, sondern das Untersuchungs-Verfahren betreffe. Wäre wirklich die Untersuchung von einem nicht dazu befugten Beamten geführt und dieser Mangel nicht nachträglich geheilt worden, so würde sowohl das Verfahren des Niedergerichtes, als das des Obergerichtes, an einem wesentlichen Mangel leiden, weil beide Gerichte ihre Entscheidungen auf einen Acten-Inhalt gebauet hätten, welchem die Eigenschaft einer rechtsbeständigen Grundlage der Aburtheilung und die erforderliche Glaubwürdigkeit abginge. Anders würde die Sache liegen, wenn der angebliche Mangel in erster oder zweiter Instanz bereits zur Sprache gebracht und als unbegründet verworfen worden wäre; denn dann hätte er einen Gegenstand der richterlichen Erwägung und Entscheidung gebildet, und es wäre nicht mehr die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens, sondern die Richtigkeit der gefällten Entscheidung, welche durch die Nichtigkeitsbeschwerde

angefochten würde, und in dieser Richtung ist dieselbe unstatthaft. In vorliegender Sache aber ist weder in erster noch zweiter Instanz von dem jetzt in Frage stehenden Mangel irgend die Rede gewesen. Dagegen stellt sich

b) der Einwand des Vertheidigers als unbegründet dar, so daß es nicht weiter darauf ankommt, ob der gerügte Mangel aus irgend einem Grunde, z. B. durch das vor dem Niedergerichte wiederholte Bekenntniß des Inquisiten, für geheilt würde erachtet werden können.

Der Vertheidiger bestreitet nicht, daß der Inquirent in vorliegender Sache Dr. Gobert zur Besorgung der Geschäfte eines Criminal-Actuars vom Senat angestellt und zu diesem Behuf beeidigt sei, wie dies denn auch, da Dr. Gobert nach

(Nr. 1 der Untersuchungs-Acten)

den Auftrag zur Führung der Untersuchung von dem Polizeiherrn erhielt, und in seiner ferneren Thätigkeit sowohl mit diesem, als mit dem Senate selbst in mehrfacher Wechselwirkung blieb, nach der Präsumtion für die Legalität der die Untersuchung leitenden Behörde keines besonderen Beweises bedarf, ohne daß dagegen die mangelnde Aufführung des Dr. Gobert im Staatskalender in Betracht kommen kann. Der einzige Grund, aus welchem der Vertheidiger dem Dr. Gobert die Berechtigung zur Untersuchungsführung abspricht, ist vielmehr der, daß derselbe vom Senate einseitig, ohne Genehmigung der Erbgesessenen Bürgerschaft, als Hülfsarbeiter angenommen sei. Nun ist es freilich richtig, daß die Besetzung der beiden ständigen Criminal-Actuars-Stellen, welche seit Organisation der Polizeibehörde im Jahre 1821 bestehen, obwohl vom Senate ausgehend, doch der jedesmaligen Genehmigung der Bürgerschaft unterliegt. Der Senat proponirte im Mai 1802 der Bürgerschaft, daß die Stelle eines Criminal-Actuars (damals des einzigen) künftig von ihm unentgeltlich mit einem festen Gehalte verliehen werde; die Bürgerschaft genehmigte dies mit dem Anhang, daß die gewählte Person der Bürgerschaft zur Ratihabition zu proponiren sei. Der Senat behielt sich zwar wegen dieses An-

trages nähere Vorstellung vor, gab aber den Vorbehalt nachher auf, indem er im October desselben Jahres ohne Weiteres die Zustimmung der Bürgerschaft zu der von ihm getroffenen Wahl einholte.

Lohmann, Hamb. Rath- und Bürgerschlüsse Bd. I., S. 10, 13.

Als darauf durch Rath- und Bürgerschluß vom 15. Februar 1821 die Ernennung von zwei ständigen Criminal-Actuaren beliebt wurde, geschah dies unter ausdrücklicher Beibehaltung der „im Jahre 1802 durch Rath- und Bürgerschluß gesetzlich bestimmten Weise," und dem entsprechend wurden auch im Mai 1822 und im Juni 1838 die zu Actuaren gewählten Personen der Bürgerschaft zur Anzeige gebracht und von dieser genehmigt.

Lohmann a. a. O. II. S. 66, 85, V. S. 106.

Allein ganz abgesehen davon, ob diese, ein staatsrechtliches Verhältniß zwischen Senat und Bürgerschaft regulirende, Bestimmung dahin würde führen können, die Amtshandlungen, welche ein vom Senat eingeführter Criminal-Actuar vor erfolgter Genehmigung der Bürgerschaft vorgenommen hat, ohne Weiteres für ungültig zu erklären, ist hier der Umstand entscheidend, daß Dr. Gobert keine der beiden ständigen Actuars-Stellen bekleidet, sondern, wie der Fiscal und der Vertheidiger übereinstimmend angeben, zu den Hülfsarbeitern für das Criminal-Actuariat gehört. Denn auf diese seit einer Reihe von Jahren angenommenen Hülfs-Actuarien erstreckt sich die gedachte Vereinbarung nicht, und ohne Zweifel muß es dem Senate vermöge der ihm nach dem Haupt-Receß von 1712, Art. V. Nr. 7, zustehenden Ausübung der gesammten Jurisdiction gestattet sein, bei unzureichenden Kräften in den normalmäßigen Beamtenstellen durch Hülfsarbeiter für die gehörige Erledigung der Rechtssachen zu sorgen. Könnte aber hiergegen noch irgend ein Bedenken obwalten, so wird dies in Beziehung auf die Functionen des Criminal-Actuariats dadurch vollständig gehoben, daß die Bürgerschaft selbst ihr Einverständniß mit der vom Senat ausgegangenen Anstellung

von Gehülfs-Actuarien wiederholt auf das Unzweideutigste zu erkennen gegeben hat, indem sie, wie die gedruckten Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft ausweisen, seit längerer Zeit bei der jährlichen Vorlage des Budgets und der Abrechnung über die Ausgaben der Polizeibehörde, einen besonderen Ausgabe-Posten „zur Salarirung mehrerer Gehülfs-Criminal-Actuarien" ohne eine Einwendung hat passiren lassen.

(S. z. B. Special-Abrechnungen zur Abrechnung für 1849. p. 71.)

(Special-Nachweisungen zum Budget-Entwurf für 1850. p. 72. Dazu Resolutio civ. vom 19. Sept. 1850.)

(Special-Abrechnungen zur Abrechnung für 1850. p. 78.)

(Special-Nachweisungen zum Budget für 1851. p. 74. Dazu Resolut. civ. vom 25. Sept. 1851.)

(Special-Abrechnungen für 1851. p. 88.)

(Special-Nachweisungen zum Budget für 1852. p. 77. Dazu Resolut. civ. vom 7. October 1852.)

(Special-Nachweisungen zum Budget für 1853. p. 81. Dazu Resolut. civ. vom 21. Juli 1853.)

(Special-Abrechnungen für 1852. p. 78. Dazu Resolut. civ. vom 14. Novbr. 1853.)

(Special-Nachweisungen zum Budget für 1854. p. 84. Dazu Resolut. civ. vom 29. Juni 1854.)

4) Die vierte Beschwerde ist dahin gerichtet, daß die Publication des angefochtenen Urtheils ohne die durch altes Hamburgisches Herkommen sanctionirte Form vorgenommen worden sei, nämlich nicht öffentlich, ohne Ansage einer Criminal-Audienz an die Procuratoren. Daß das Urtheil dem Inquisiten oder seinem Vertreter ordnungsmäßig eröffnet sei, bestreitet der Vertheidiger nicht, und muß dies auch durch die Unterzeichnung der Urtheils-Ausfertigung sowohl, als durch das obergerichtliche Decret vom 24. October v. J.

(Nr. 14 der O. Ger. Acten)

als hinlänglich constatirt angesehen werden. Sollte aber daneben eine besondere Ansage an die Procuratoren oder eine sonstige Feierlichkeit bei Verkündigung von Todes-Urtheilen

dem Hamburgischen Herkommen entsprechen, worüber keine Nachweisung geliefert ist, so würde doch ein Verstoß dagegen, wie jede Abweichung von einer auf die Sache keinen Einfluß äußernden reinen Solennität, für ganz unwesentlich erachtet werden müssen.

5) und 6) Die fünfte und sechste Beschwerde, welche dahin gingen, daß dem Inquisiten das Recht der Vertheidigung vor dem artikulirten Verhör geschmälert worden sei, und daß die Untersuchung über die Frage, ob der Inquisit nicht einen Mithelfer zu seiner That gehabt habe, nicht erschöpft worden sei, hat der Vertheidiger in seiner Ausführung wieder zurückgezogen. Wollte man indessen auch auf eine Prüfung derselben eingehen, so stellt sich doch die fünfte Beschwerde als unbegründet und die sechste als unstatthaft dar. Vor dem artikulirten Verhör würde allerdings eine Vertheidigung pro avertanda inquisitione speciali zulässig gewesen sein; aber nirgends ist vorgeschrieben, daß eine solche nothwendig sei oder der Inquisit auch nur besonders deshalb befragt werden müsse. Nun ist im vorliegenden Falle dem Inquisiten eine Vertheidigung der Art keineswegs abgeschlagen worden, er hat vielmehr selbst kein dahin gerichtetes Verlangen gestellt, sondern am Schlusse der Voruntersuchung wiederholt, in den Vernehmungen vom 26. und 29. Juni 1854, erklärt, daß er seinen Aussagen nichts zuzusetzen habe, und zwar im letztgedachten Verhör, nachdem ihm die nunmehrige Einsendung der Acten an den Senat angekündigt und er ausdrücklich aufgefordert war, zu sagen, ob er seinen Angaben noch Etwas hinzuzufügen habe.

(Unters. Acten Nr. 89, 95.)

Sonach fehlte es ihm, wenn er vor Anordnung des articulirten Verhörs einen Schritt zu seiner Vertheidigung hätte thun wollen, nicht an Gelegenheit dazu, und die Behauptung des Vertheidigers ist völlig unerfindlich.

Die sechste Beschwerde aber ist darum unstatthaft, weil sie nicht das Verfahren der beiden vorigen Gerichte betrifft, sondern die Richtigkeit des von ihnen gesprochenen

Urtheils in Zweifel zieht. Denn es bildete einen nothwendigen Bestandtheil der vom urtheilenden Richter zu erwägenden Beweisfrage, ob die Ermittelungen der Voruntersuchung genügten, um das Geständniß des Inquisiten mit den dafür gelieferten Unterstützungen als vollbeweisend für seine alleinige Thäterschaft anzuerkennen, oder ob in dieser Hinsicht noch Zweifel übrig seien, welche eine Ergänzung der Untersuchung erforderten. Beide Gerichte haben auch dieser Erwägung sich unterzogen, indem sie in den Entscheidungsgründen die Thäterschaft des Inquisiten durch sein mehrfach unterstütztes Geständniß für vollständig erwiesen erklärten. Mit der Beschwerde wird also lediglich dieser Theil des Erkenntnisses angegriffen. Daß aber eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Inhalt eines obergerichtlichen Erkenntnisses unstatthaft ist, ergiebt die Fassung des § 41 der O. A. Ger.=Ordnung unzweideutig und ist schon vielfach vom Ober=Appellationsgerichte anerkannt worden.

(Vgl. Blume O. A. Ger.=Ordnung § 41, not. e.)

7) Das eben Bemerkte gilt, wie dies keiner näheren Auseinandersetzung bedarf, eben so unzweifelhaft von der siebenten Beschwerde, worin behauptet wird, die Zurechnungsfähigkeit des Inquisiten unterliege erheblichen, durch die Untersuchung nicht beseitigten Zweifeln, so wie endlich auch von dem in der Ausführung des Vertheidigers noch hinzugefügten Antrag, die Frage dahier zu prüfen, ob die Todesstrafe in Hamburg als eine gesetzlich bestehende anzuerkennen oder nicht vielmehr durch die dortige Praxis für beseitigt zu erachten sei.

4) Bei der Verwerflichkeit sämmtlicher Beschwerden war der Inquisit in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

№ 5.

In Sachen **F. Blaß & Schomburgk** cess. noie **E. E. Welter**, Klägers (Anwald Herr **Dr. S. Albrecht**) contra **D. Schutte**, Beklagten (Anwald Herr **Dr. J. E. Knauth**).

A. Rechtsfall.

E. E. Welter hatte den Klägern am 9. August 1853 seine in Beklagten Händen befindlichen Läger und Effecten cedirt; diese Cession war dem Beklagten an demselben Tage denuncirt worden und Kläger verlangte nun Rechnungsablage, sowie Auskehrung des Provenü, so weit solches nicht von des Beklagten eignen vor dem Datum der Cessionsurkunde erworbenen Forderungen an Welter, der am 26. September 1853 Insolvenz erklärt hatte, absorbirt werde.

Das Handelsgericht entsprach der Klagebitte, das Obergericht hob dies Erkenntniß auf, verurtheilte die Kläger zur Angabe ihrer Forderungen an Welter und reservirte den Beklagten alle Gerechtsame rücksichtlich der von ihnen vorgebrachten Einrede der Simulation. Das Oberappellationsgericht stellte das erstinstanzliche Erkenntniß wieder her, wiewohl unter Compensation der Kosten in beiden höhern Instanzen.

B. Rechtssätze:

a) des Handelsgerichtes:

1) Der Debitor **cessus** kann dem Cessionar nur diejenigen ihm an den Cedenten zuständigen Forderungen opponiren, welche er bereits zur Zeit der Cessions-Denunciation hatte.

2) Eine Cession, durch welche nicht die Deckung eines einzelnen Gläubigers bezweckt, sondern nur Deckungen einzelner Gläubiger des insolventen Schuldners zu verhüten, kann von einem Creditor, welcher sich dadurch in seiner legalen Rechtsverfolgung behindert, mittelst der **actio Paulliana** angefochten werden, der Anerkennung solcher Cession abseiten der **curatores bonorum** des Schuldners unerachtet.

3) Der einzelne Gläubiger hat aber diese Anfechtungsbefugnisse nicht, wenn er nicht als ein durch jene Cession gegen das Princip der **actio Paulliana** speciell lädirter Gläubiger erscheint,

sondern als der Vertreter einiger Creditoren des Cedenten, welche in praejudicium der Gesammt-Creditorschaft desselben dadurch, daß sie ihre Forderungen auf ihn den Cessionar in Form einer Cession übertrugen, zur bevorzugten Befriedigung gelangen wollten.

b) des Obergerichtes:

Die Distinction des Handelsgerichtes sub a) 3) sei im Rechte nicht begründet, sondern sei dem debitor cessus die Anfechtung der Cession zu gestatten, wenn diese überhaupt nur den Charakter einer erlaubten Transaction trage.

c) des Oberappellationsgerichtes:

1) Die Gültigkeit einer Cession, durch welche der Cessionar nur zu einem Liquidatär in Beziehung auf Forderungen der Masse des Cedenten durch Beschluß der Creditorschaft oder der curatores bonorum ernannt worden ist, unterliegt keinem Bedenken, indem dem Cessionar durch die curatores nur die Verfolgung derjenigen Rechte übertragen ward, die sie selbst geltend machen konnten.

2) Freilich kann durch solche Transaction solchen Gläubigern des Cedenten, die bereits vor der förmlichen Insolvenzerklärung desselben ein wohlerworbenes Recht auf Befriedigung aus dessen Gütern hatten, in keiner Weise präjudicirt werden.

3) Eine simulirte Cession, durch welche die Cessionarien nicht procuratores in rem suam geworden, hat keine einzige der Wirkungen einer wirklichen, ohne daß es einer Rescission derselben bedürfte.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 23. März 1854.

Da die in Anlage 1 vorliegende, ausweise der Anlage 3 von den Vertretern der Welterschen Creditorschaft anerkannte Cession die Kläger formell völlig in der Qualität, in welcher sie auftreten, hinsichtlich der Ansprüche des E. C. Welter an den Beklagten legitimirt,

solche Cession aber, zufolge der unbestrittenen Anlage 2, bereits am 9. August dem Beklagten denuncirt wurde und daher die Gegenforderungen an Welter, welche der Beklagte auf Grund eines erst am 17ten desselben Monats durch Cession erfolgten Erwerbs den Klägern gegenüber geltend macht, diesen nicht entgegen stehen,

indem bekanntlich der debitor cessus dem Cessionar nur diejenigen ihm an den Cedenten zuständigen Forderungen, welche er bereits zur Zeit der Cessions-Denunciation hatte, opponiren kann,

es also nur darauf ankommt, ob der Beklagte mit Recht aus materiellem Grunde Rescission der Anlage 1 als einer seine besonderen Rechte verletzenden Acte beantragt,

nun aber selbst, wenn wirklich, wie der Beklagte behauptet, die Anlage 1 gar nicht eine Deckung der Kläger bezweckte, vielmehr solche Cession nur vollzogen sein sollte, um Deckungen einzelner Gläubiger des damals bereits offenkundig insolventen Welter zu verhüten, dies zwar wohl — wie in dem vom Beklagten allegirten Präjudicat entschieden wurde — einen Gläubiger, der etwa durch die Anlage 1 in seiner legalen Rechtsverfolgung behindert wurde, zur Anfechtung solcher Cession mit der Paulianischen Klage — der abseiten der Welterschen Curatoren erfolgten Anerkennung (Anlage 3) unerachtet — berechtigen könnte, nicht aber den Beklagten, welcher gar nicht als ein durch diese Cession gegen das Princip der Paulianischen Klage speciell lädirter Gläubiger erscheint, sondern als der Vertreter zweier Creditoren des Welter, welche in praejudicium der Gesammt-Creditorschaft desselben dadurch, daß sie ihre Forderungen auf ihn, den Beklagten, in der Form der Cessionen übertrugen, zur bevorzugten Befriedigung gelangen wollten,

daß Beklagter hinsichtlich der in seinen Händen befindlichen Welterschen Läger und Effecten den cessionario noie. Klägern gegenüber für rechnungspflichtig und schuldig zu erachten, denselben das Provenü der cedirten Läger und Effecten, so weit dasselbe nicht von Forderungen, welche der Beklagte bereits zur Zeit der am 9. August vorigen Jahres geschehenen Denunciation der Cession (Anlage 1) an E. C. Welter hatte, absorbirt wird, rechtzeitig auszukehren.

Es hat auch Beklagter die Kosten des Verfahrens den Klägern zu ersetzen.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 14. Juli 1854.

Da, falls, wie der Beklagte behauptet, die das Fundament der Klage bildende, am 9. August 1853 vollzogene Cession überall nicht eine Deckung der Kläger bezweckt, vielmehr solche Cession nur vollzogen sein sollte, um Deckungen einzelner Gläubiger des am 26. September 1853 Insolvenz declarirt habenden Welter zu verhindern, eine consequente Anwendung der vom Ober-Appellationsgerichte in Sachen Crusen & Flor & Consorten c. Stresow aufgestellten Principien dahin führen muß, dem Beklagten die Anfechtung solcher Cession zu gestatten, indem die vom Handelsgerichte bei Anwendung dieser Principien gemachte Distinction, falls die beklagtischen Cessionen übrigens den Character einer erlaubten und als solcher gesetzlich zu schützenden Transaction an sich tragen, für im Rechte begründet, nicht erachtet werden kann,

da es indessen zur Zeit auf die Einrede der Simulation nicht ankommt, vielmehr die Kläger, welche sich nach Maaßgabe der Anlage 1 zur Klage die überseeischen Läger des E. C. Welter haben übertragen lassen, um sich daraus, nach Abzug der darauf haftenden Vorschüsse für ihre an Welter habenden Forderungen — worüber zur Zeit nicht das Mindeste constirt — bezahlt zu machen, zu der vorliegenden Klage überall nicht gehörig legitimirt erachtet werden können, so lange sie nicht ihre Forderungen und die dafür in Händen habenden Valuten näher angegeben haben, indem solche Angabe zum Fundament der Klage wesentlich gehört, und falls es sich darnach ergeben sollte, daß die Kläger am 9. August 1853 gar keine Forderungen an Welter gehabt haben, oder dafür anderweitig genügend gedeckt gewesen sein sollten, den Klägern aus der Anl. 1 überall kein Klagerecht zustehen würde,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo d. 23. März dieses Jahres wiederum aufzuheben ist und die cess. noie Kläger vorgängig in einem des Endes anzusetzenden Termine vollständige Aufgabe ihrer Forderungen an

E. C. Welter und der dafür in Händen habenden Valuten zu ertheilen haben, dem Beklagten aber dagegen alle Rechtszuständigkeiten, namentlich auch wegen der von ihm behaupteten Simulation vorzubehalten sind.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, nebst den wieder zu versiegelnden Acten, an das Handelsgericht zum demgemäßen weiteren Verfahren zu remittiren.

Und werden übrigens die Parteien benachrichtigt, daß die Welterschen Fallit-Acten vom Obergerichte brevi manu requirirt worden sind, und für den Fall einer Appellation die weitere Verfügung wegen Anlegung dieser Acten vorbehalten bleibt.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 26. März 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 14. Juli 1854 aufzuheben, und dagegen das des Handelsgerichts vom 23. März desselben Jahres, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, wieder herzustellen sei,

und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der auf Grund einer von E. C. Welter den Klägern unter'm 9. August 1853 ausgestellten und an demselben Tage dem Beklagten denuncirten Cessionsacte erhobenen Klage, auf Rechnungsablage über die unter dem Beklagten befindlichen Welterschen Läger und Effecten und Auskehrung des Provenü, soweit dasselbe nicht von des Beklagten eigenen vor dem

9. August 1853 erworbenen Forderungen an E. C. Welter absorbirt werde, hat der Beklagte entgegengesetzt:

1) Die Einrede der mangelnden Legitimation, indem er verlangt, daß die Kläger nachweisen, daß sie vor der erfolgten Cession überall noch Forderungen an Welter gehabt und event. daß sie jetzt noch ungedeckte Forderungen hätten.

2) Die Einrede der Simulation, indem der Zweck der angeblichen Cession gar nicht gewesen sei, den Klägern Sicherheit für Forderungen zu geben, sondern dieselbe nur zum Schein und zu dem Ende vorgenommen sei, um die Welterschen Schuldner und Gläubiger zu verhindern, sich unter einander durch Cessionen zu decken.

3) Die Einrede der Compensation mit zweien von A. Anthoni in Ingebruch und Catteaux Frères in Brüssel dem Beklagten am 17. August 1853 angeblich cedirten Forderungen von Bco.ℳ 5700 und 5550.

Das Handelsgericht hat diese Einreden verworfen; das Obergericht dagegen auf Grund der Einrede der mangelnden Legitimation den Klägern auferlegt, zuvörderst annoch vollständige Aufgabe ihrer Forderungen an E. C. Welter und der dafür in Händen habenden Valuten zu ertheilen, und daneben dem Beklagten alle Rechtszuständigkeiten, namentlich auch wegen ihrer Einrede der Simulation, vorbehalten.

Es bedarf nun aber nach Lage der Sache gar keiner Untersuchung, ob die den Klägern gemachte Auflage sich rechtfertigen lasse, indem das Ober-Appellationsgericht dafür halten mußte, daß selbst, wenn es sich mit der Cession, auf welche die Kläger ihre Klage gründen, völlig so verhielte, wie der Beklagte in seiner Einrede der Simulation geltend macht, die Klage dennoch in diesem Falle begründet wäre und ihr die Einrede der Compensation nicht würde opponirt werden können. Gegen diese Auffassung läßt sich nicht etwa einwenden, daß, wenn die Einrede der Simulation als begründet supponirt werde, dann die aus einer wirklichen Cession angestellte Klage jedenfalls angebrachtermaaßen abgewiesen werden müsse. Denn der Beklagte hat sich auf die Klage selbst unter dieser Suppo-

sition eingelassen, er hat für diesen Fall die Einrede der Compensation mit Forderungen vorgeschützt, die er erst nach denuncirter Cession erworben haben will, die also gegen die Kläger als wirkliche Cessionarien von E. C. Welter schon aus diesem Grunde gar nicht geltend gemacht werden konnten; er hat sich ferner beim Obergerichte gerade in der Richtung beschwert, daß nicht die Kläger lediglich als Cessionare der Welterschen Curatoren anerkannt und daher Beklagte auch mit den Forderungen zur Compensation in diesem Prozesse zugelassen sei, welche er nach dem 9. August 1853, als dem Tage der Denunciation jener Cession, erworben gehabt, und daß nicht zu diesem Zwecke auf Beweis der Simulation erkannt sei.

Nun aber

A) ist die am 9. August 1853 abseiten E. C. Welter erfolgte Uebertragung der Rechte an seinen überseeischen Lägern, auf die Kläger in Folge des nach seiner Insolvenz-Erklärung unterm 21. December 1853 und zwar nach Art. 21 der R. Fallit-Ordnung völlig gültiger Weise gefaßten Beschlusses der Welterschen Creditoren von den Güterpflegern, wenigstens so viel die unter dem Beklagten befindlichen Läger und Effecten betrifft, anerkannt worden: dies ergiebt ihr am 6. Jan. 1854 dem Beklagten geschriebener Brief, worin sie zugleich die Kläger zu demjenigen von ihnen autorisirt erklären, was den Gegenstand der gegenwärtigen Klage bildet,

Hand. Ger. Act. Nr. 5

und dies hat auch der Beklagte in dieser Instanz zugegeben.

O. A. Ger. Act. Nr. 10, S. 5.

Würde nun durch diese in Folge eines Beschlusses der Creditorschaft von den Güterpflegern geschehene Anerkennung die fragliche Acte der Anfechtung von Seiten eines einzelnen Gläubigers entzogen worden sein, selbst, wenn sie eine wirkliche Cession enthielte, so kann ihre Rechtsbeständigkeit noch weniger einem Bedenken unterliegen, wenn die Kläger in der Form einer Cession nur zu Liquidatairen in Beziehung auf Forderungen der Masse ernannt worden sein sollten, wenn ihnen also durch die Anerkennung der Curatoren nur die Ver-

folgung derjenigen Rechte übertragen worden wäre, welche die Curatoren selbst zu verfolgen befugt waren.

Ganz von selbst versteht es sich aber, daß durch eine solche Transaction denjenigen Gläubigern, die bereits vor der förmlichen Insolvenz-Erklärung des Welter ein wohlerworbenes Recht auf Befriedigung aus dessen Gütern hatten, in keiner Weise präjudicirt werden konnte, wie dies, aber auch nur dies, in der von beiden Parteien und von den vorigen Gerichten in Bezug genommenen Sache Stresow c. Crusen & Flor und Ch. Parish vom Ober-Appellationsgerichte zum Erkenntnisse vom 30. Juni 1845 ausgesprochen worden ist. Ist die Cession eine simulirte, sind also die Kläger nicht procuratores in rem suam geworden, so sind sie, da es eine andere Cession mit rechtlichen Wirkungen nicht giebt, in Wahrheit nur Mandatare der Welterschen Curatoren, und so folgt ferner, daß der Beklagte ihnen alle Einreden opponiren kann, welche er den Curatoren würde entgegensetzen können, wenn diese gegen ihn klagten, und daß es also gar keinen Unterschied macht, ob sie vor oder nach dem 9. August 1853, dem Tage der denuncirten Cession, erworben sind, da einer nur simulirten Cession keine einzige der Wirkungen einer wirklichen beiwohnt, ohne daß es bei einer solchen auch nur einer Rescission bedarf, da eine Cession, die keine Cession ist, nicht erst rescindirt zu werden braucht.

Es fragt sich also nur:

B) würde der Beklagte den Curatoren, wenn diese gegen ihn klagten, aus den von ihm geltend gemachten Cessionen der beiden auswärtigen Welterschen Gläubiger die Einrede der Compensation entgegensetzen können? Dies muß aber entschieden verneint werden.

Hier kann es

1) völlig unerörtert bleiben, ob etwa die angeblich an den Beklagten geschehenen Cessionen deshalb ungültig seien, weil sie zu einer Zeit vorgenommen, wo Welter nach Art. 1 der N. Fallit-Ordnung bereits pro fallito zu achten und dies

den Cedenten und dem Cessionar völlig bekannt war. Denn theils haben die Kläger daraus gar keine Replik hergenommen, theils kommt es an sich darauf nicht an, indem

2) die rechtzeitig vorgeschützte Replik der Kläger, daß die beiden Cessionen, auf welche der Beklagte die Einrede der Compensation gegründet hat, nur simulirt seien, völlig durchschlägt und durch die vom Beklagten selbst producirten Urkunden vollständig bewiesen ist. Denn in der That enthalten diese Urkunden

Hand. Ger. A. Nr. 3

außer dem Namen Cession nichts, was eine solche, ihrem rechtlichen Wesen nach, darin erkennen läßt. Indem vielmehr der Beklagte die angeblichen Cedenten zwar für den vollen Betrag der ihm übertragenen Forderungen an Welter einstweilen creditirt, dagegen aber sich nur verbindlich macht, für den Fall, daß diese überall nicht oder nur theilweise zu realisiren sein sollten, die Cedenten aus den Erträgen der unter ihm befindlichen Welterschen Waaren, nach Tilgung seiner eigenen Forderungen an Welter und unter Abzug von 2 pCt. Provision zu befriedigen, und ausdrücklich erklärt, sich zu einer weiteren Berichtigung der Valuta nicht zu verpflichten, auch den nicht gedeckten Theil der ihm übertragenen Forderungen zurückzucediren verspricht und schließlich die angeblichen Cedenten sich noch ausdrücklich verbinden, den Beklagten wegen aller Schäden und Kosten, welche Letzterem aus dieser Uebereinkunft erwachsen möchten, zu vertreten und vollständig schadlos zu halten, ist es völlig evident, daß in diesen Urkunden überall keine Cession, durch welche der Beklagte procurator in rem suam geworden wäre, sondern ein einfaches Mandat enthalten ist, eine Uebereinkunft, die angeblichen Cedenten wegen ihrer Forderungen, so weit thunlich, aus Welterschen Activen zu befriedigen, mithin eine Transaction, aus welcher der Beklagte ein Recht zur Compensation überall nicht ableiten kann.

Sonach konnte es bei dem Obergerichts-Erkenntnisse nicht sein Verbleiben behalten, sondern es mußte das den Be-

klagten, dem Klagantrage gemäß, verurtheilende Erkenntniß des Handelsgerichts, wiewohl aus anderen Gründen, wieder hergestellt werden.

Dagegen stand dem Antrage der Kläger auf Verurtheilung des Beklagten in alle Kosten dieser und der vorigen Instanz nicht zu deferiren, vielmehr waren diese Kosten, so wie im Urtheile geschehen, zu compensiren.

№ 6.

In Sachen der Direction der hiesigen **Königl. Preuß. Telegraphen-Station**, mand. noie der **Königl. Preuß. Telegraphen-Direction in Berlin**, jetzt **Dr. H. J. D. Poelchau**, mand. noie der Letzteren, Klägers contra **Aug. Noodt**, Beklagter. (Anwalt Herr **Dr. Aug. Sutor**.)

A. Rechtsfall:

Die Klägerin behauptete, daß der Beklagte von ihr 11 Centner Telegraphendraht übernommen habe und machte dies klagend geltend. Der Beklagte läugnete die Uebernahme der 11 Centner an sich nicht, behauptet aber, diese Zusage an die Bedingung geknüpft zu haben, daß ein Geschäft über eine andere Partei von 150 Centner Draht zwischen ihm und Klägerin zu Stande kommen würde. Dem Beklagten wurde Beweis auferlegt und der Klägerin Gegenbeweis nachgelassen, welcher durch Zeugen angetreten wurde. Hierauf erkannte das Handelsgericht auf einen Reinigungseid des Beklagten, das Obergericht auf kläg. Appellation der Klägerin den Erfüllungseid zu, wogegen der Beklagte die dritte Instanz anging. Diese stellte, unter Kostencompensation in beiden obern Instanzen, das Handelsgerichtliche Erkenntniß wieder her, wobei das ganze Interesse der Sache sich um die Abwägung der Aussagen der Gegenbeweiszeugen und ihre relative Glaubwürdigkeit bewegte.

B) Rechtssatz aus dem Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntniß:

Staatsdiener oder sonst öffentlich angestellte Personen büßen durch diese ihre Stellung selbst in Betreff von Vorgängen, welche

mit Dienstangelegenheiten in Verbindung stehen, im Allgemeinen an Glaubwürdigkeit nicht ein, und es hängt in den einzelnen Fällen von den jedesmaligen Umständen ab, ob und in wie weit hievon eine Ausnahme zu machen sei.

Handelsgerichtliches Erkenntniß
vom 24. Januar 1855.

Daß Herr Dr. Poelchau der im obergerichtlichen Erkenntniß vom 3. November vorigen Jahres ihm gemachten Auflage wegen Beibringung einer gehörig beglaubigten Vollmacht innerhalb 8 Tage und zwar unter dem Praejudiz beklagtischer Entbindung von der Instanz nachzukommen schuldig sei;

und in der Sache selbst:

Da der erste der im Erkenntniß vom 13. Mai vorl. Js. dem Beklagten alternativ auferlegten Beweise durch die übereinstimmenden Aussagen der Beweiszeugen und des Gegenbeweiszeugen Kremlin vollständig erbracht, der Gegenbeweis aber, welcher der Klägerin in dem gedachten Erkenntniß nachgelassen worden, gänzlich verfehlt ist;

da somit nur der Beweis der klägerischen Behauptung in Frage steht, daß der Beklagte sich noch nach dem 28. Octbr. 1853 auf gehörige Aufforderung bereit erklärt habe, den Rest der von ihm gekauften 200 Ctr. Leitungsdraht zu empfangen,

in dieser Beziehung aber den Aussagen der Zeugen Kremlin und von Keller mit Sicherheit nicht mehr entnommen werden kann, als daß der Beklagte bei Gelegenheit der Verhandlungen über den Ankauf einer andern Partie Draht die gleichzeitige Abnahme des vom Director Bothe zur Sprache gebrachten Restes zugesagt hat,

wogegen auf die von den — überdies keineswegs classischen — Zeugen gegebenen Interpretation dieser Zusage um so weniger Gewicht gelegt werden kann, als es sich nicht verkennen läßt, daß die Darstellung des Beklagten, welcher nur für den Fall, daß er den Eichmannschen Draht erhalte, sich

zur gleichzeitigen Abnahme auch der fraglichen 11 Centner bereit erklärt haben will, aus innern Gründen die überwiegende Wahrscheinlichkeit für sich hat,

daß der Beklagte einen Reinigungseid des Inhalts:

daß er sich nach dem 28. October 1853 dem Director Bothe gegenüber zur Abnahme der in Rede stehenden ca. 11 Centner Leitungsdraht keineswegs ohne Weiteres, sondern nur für den Fall bereit erklärt habe, daß er auch die früher an Eichmann verkaufte Partie erhalten werde,

innerhalb 8 Tage, nach Rechtskraft dieses Erkenntnisses, und zwar unter dem Praejudiz der Eidesverweigerung abzuleisten habe.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 9. März 1855.

Daß, den Legitimationspunkt anlangend, die Parition des obergerichtlichen Erkenntnisses vom 3. November vor. J. durch die in appell. beigebrachte Beglaubigung der Vollmacht des m. n. Klägers für beschafft zu erklären,

in der Sache selbst aber:

Da selbst, abgesehen von der jetzt angefochtenen Glaubwürdigkeit des Beweiszeugen Ocker, das rechtskräftig feststehende Beweisthema in dessen erster Alternative durch die Aussagen der beiden übrigen Zeugen und selbst durch die des Gegenbeweiszeugen Kremlin völlig dargethan ist, indem ein sofortiger Verzicht des Beklagten auf die streitigen circa 11 Centner nicht zum Beweise verstellt worden,

daß, unter Verwerfung der ersten appellantischen Beschwerde das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 24. Januar dieses Jahres, in so weit es den dem Beklagten auferlegten Beweis für geführt erklärt, zu bestätigen;

in Ansehung des der klagenden Behörde nachgelassenen Beweises der Behauptung aber, daß der Beklagte sich noch

nach dem 28. October 1853 auf gehörige Aufforderung bereit erklärt habe, den Rest der von ihm gekauften 200 Centner zu empfangen, da zwar die Zeugen Kremlin und von Keller als Angestellte der Telegraphen = Station nicht als classische Zeugen zu betrachten sind, ersterer aber namentlich durch seine unparteiische Aussage hinsichtlich des beklagtischen Beweises seine Glaubwürdigkeit in dieser Sache bethätigt und letzterer in der fraglichen Angelegenheit überall nicht mit dem Beklagten verhandelt hat, die innere Wahrscheinlichkeit ihrer Aussagen auch dadurch wesentlich unterstützt wird, daß der Beklagte actenkundigermaaßen noch später bereit war, eine ungleich größere Partie Guttapercha=Draht entgegen zu nehmen,

daß das gedachte Erkenntniß a quo auf Grund der zweiten klägerischen Beschwerde dahin abzuändern, daß der Stations=Vorsteher Bothe zu folgendem, in einem vom Handelsgerichte anzuberaumenden Termine, bei Strafe der Eidesweigerung, abzustattenden Erfüllungseide zuzulassen:

daß der Beklagte sich gegen ihn noch nach dem 28. Oct. 1853 zur Abnahme der in Rede stehenden ca. 11 Centr. Leitungsdraht ohne Weiteres und nicht lediglich für den Fall bereit erklärt habe, daß er die früher an Eichmann verkaufte Partie erhalten werde.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Sollten übrigens partes noch jetzt zur Güte geneigt sein, so wird, diesem Erkenntnisse unbeschadet, eine Commission auf Ihre Wohlweisheiten Herrn Präses Hudtwalcker, Dr. und Herrn Lutteroth=Legat verfügt.

Ober=Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 26. März 1856.

Daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt

Hamburg vom 9. März 1855 aufzuheben und dagegen dasjenige des Handelsgerichts vom 24. Januar 1855, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, wieder herzustellen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

In dieser unverkennbar zweifelhaften Sache mußte die Entscheidung nach Abwägung aller in Betracht kommenden Gründe schließlich zu Gunsten der beklagtischen Appellation ausfallen.

Von wesentlichem Einflusse auf die Beurtheilung der klägerischen Beweisführung war die Auffassung des Beweissatzes, dessen Herstellung der Klägerin durch das Erkenntniß des Handelsgerichts vom 13. Mai 1854, confirmirt vom Obergerichte am 26. Juni e. a., auferlegt worden ist. In Betreff dieses Punktes mußte dem Beklagten beigepflichtet werden, welcher davon ausgeht, daß es sich um den Beweis einer Wiederherstellung der am 28. October 1853, bei Gelegenheit der letzten Ablieferung von Telegraphen-Draht, als aufgehoben von ihm, dem Beklagten, bezeichneten und nunmehr, nach gelungener beklagtischer Beweisführung als aufgehoben zu achtenden Verbindlichkeit, zur Abnahme der damals restirend gebliebenen 11 Centner Draht handle. Dies ergiebt sich daraus, daß der in Betracht kommende Beweis als derjenige einer wirklichen Replik angeordnet, so wie daß ausdrücklich in den Motiven zu dem gedachten Erkenntnisse ausgesprochen worden ist, der Beklagte würde, abgesehen von späteren Verhandlungen — auf welche gerade der jetzt in Frage stehende Beweissatz sich bezieht — berechtigt gewesen sein, die Abnahme der 11 Centner zu verweigern, falls ihm auch nur eine der vom Beklagten behaupteten und ihm zu beweisen aufgelegten Erklärungen resp. des Kremlin oder des Bothe gemacht worden sein sollte.

Unter dieser Voraussetzung, bei welcher auch der Ausdruck im Beweissatze:

„Der Beklagte habe sich (nachmals) auf gehörige Aufforderung bereit erklärt u. s. w."

seine richtige Bedeutung findet, konnte nur solchen, im Uebrigen beweiskräftigen Zeugen-Aussagen entscheidende Bedeutung beigelegt werden, welche auf eine in verpflichtender Weise abgegebene Erklärung des Beklagten hinführten, das frühere Geschäft in Betreff der fraglichen 11 Centner von Neuem in Wirksamkeit treten lassen zu wollen.

Zeugen-Aussagen dieser Art von vorbemerktem Inhalte liegen nun nicht in dem Maaße vor, um weiter als auf ein Purgatorium des Beklagten erkennen zu können.

Was zuvörderst die Glaubwürdigkeit der Zeugen anlangt, so ist auf den Umstand, daß dieselben im Dienste der klagenden Behörden stehen, an sich kein erhebliches Gewicht zu legen. Staatsdiener, oder sonst öffentlich angestellte Personen, büßen durch diese ihre Stellung, selbst in Betreff von Vorgängen, welche mit Dienst-Angelegenheiten in Verbindung stehen, im Allgemeinen an Glaubwürdigkeit nicht ein, und es hängt in den einzelnen Fällen von den jedesmaligen Umständen ab, ob und wie weit hiervon eine Ausnahme zu machen sei. Zu einer solchen ist in der vorliegenden Sache keine Veranlassung vorhanden.

Dagegen muß allerdings in Beziehung auf die Aussage des Zeugen Kremlin aus einem anderen Grunde eine geminderte Beweiskraft angenommen werden. Die im Prozesse verhandelte Differenz ist nämlich durch den zwischen diesem Zeugen und dem Beklagten am 28. October 1853 stattgehabten Vorgang veranlaßt worden, und es ist unter diesen Umständen nicht zu verkennen, daß für ihn ein nahe liegendes erhebliches Motiv besteht, den Sieg der ihm vorgesetzten Behörde in dem vorliegenden Prozesse herbeizuwünschen. Seine Aussage kann mithin nur als diejenige eines nicht classischen Zeugen behandelt werden.

Wenn der appellatische Anwald hiegegen darauf sich beruft, daß der Zeuge Kremlin in Beziehung auf die erste Alternative des beklagtischen Hauptbeweises gegen die ihm vorgesetzte Behörde ausgesagt und hiedurch eine hohe Glaubwürdigkeit bewährt habe, so kann diesem Argumente schon im Allgemeinen, vollends aber deshalb keine Bedeutung beigelegt werden, weil der Zeuge über seine bei dem fraglichen Hergange abgegebenen Erklärungen in Wirklichkeit nur mit Restrictionen deponirt hat, und zwar mit solchen, von welchen die übrigen über jenen Hergang vernommenen Zeugen — unter denen zwei völlig unverdächtige — Nichts ausgesagt haben.

Was sodann den Inhalt der vorliegenden Depositionen anlangt, welche zufolge des bisher Bemerkten als von einem für classisch, einem anderen für nicht classisch zu achtenden Zeugen ausgegangen anzusehen sind, so ist bei deren Beurtheilung in Betracht zu ziehen, daß der zwischen den Parteien bestehende Differenz-Punkt hier darin liegt, daß der Beklagte sich nur bedingt zur nachträglichen Abnahme der 11 Centner erboten zu haben erklärt hat — falls nämlich ein Geschäft über eine andere Partie von 150 Centner Draht zwischen ihm und der Klägerin zu Stande kommen würde, — während von der Klägerin die unbedingte Uebernahme der in Rede stehenden Verpflichtung behauptet worden ist. Und zwar hat der klägerische Anwald schon bei der ersten Verhandlung der Sache

Protocoll vom 6. Mai 1854. H. G. Act. [7] p. 12

selbst angegeben, daß der Beklagte, als er nach dem 28sten October 1853 an die Abnahme der 11 Centner mehrmals erinnert worden sei,

„dieselbe stets zugesagt, indessen gewünscht habe, die elf Centner noch so lange lagern zu lassen, bis er sie mit den 150 Centnern zusammen empfangen wolle."

Unter diesen Umständen kommt es wesentlich darauf an, daß eine unbedingt geschehene Uebernahme der Verpflichtung zur Abnahme der 11 Centner bewiesen werde.

Hievon kann nun die Deposition des Zeugen von Keller um so weniger verstanden werden, als dieselbe überhaupt auf keine verpflichtende Erklärung des Beklagten gerichtet ist, jener Zeuge vielmehr nur über eine im Laufe anderer Verhandlungen beiläufig gemachte, ihrer eigentlichen Natur nach nicht näher dargelegte Aeußerung des Beklagten deponirt. Auch bezeichnet der Zeuge die von ihm berichtete Erklärung des Beklagten ausdrücklich als eine mit der Abnahme der mehrerwähnten anderen Partei Draht in Verbindung gewesene, so daß der Beweis der selbstständigen und unbedingten Verbindlichkeits-Uebernahme, auf welche es zufolge des Obigen ankommt, als vorliegend hier nicht angenommen werden kann.

Die Vermuthung des Zeugen darüber, wodurch der Beklagte dazu bestimmt worden sein möge, die 11 Centner mit den 150 Centnern in Verbindung zu bringen, kommt schon als solche nicht in Betracht. Abgesehen aber hiervon, ist es klar, daß eine unrichtige Auffassung des Zeugen hier, wo die zum Beweise verstellte beklagtische Erklärung der von dem Beklagten eingeräumten so nahe kam, sehr leicht stattfinden konnte, und daß mithin nur bestimmte Aussagen über unzweideutige Erklärungen des Letzteren als beweisend angenommen werden könnten.

Das vorstehend über die von Kellersche Aussage Bemerkte würde auch bei der Kremlinschen Deposition völlig zutreffen, wenn nicht der letztgedachte Zeuge außerdem ausgesagt hätte

H. Ger. Act [21] p. 9

„der Beklagte habe der Abnahme der 11 Centner sich nie geweigert und einmal ungefähr dahin sich erklärt, er würde die 11 Centner in den nächsten Tagen oder im Laufe der nächsten Woche empfangen (ein anderes Mal, er wolle sie zusammen mit dem Eichmannschen Draht empfangen)."

Hier ist allerdings ein Mehreres deponirt worden, als von dem Zeugen Heller, allein dennoch ist dieser Deposition kein solches Gewicht beizulegen, daß durch sie die klägerische Be-

Digitized by Google

weisführung als bis zum Suppletorium geliefert erachtet werden könnte. Denn, wenn auch ohne Bedenken die Aussage des Zeugen dahin verstanden werden könnte, der Beklagte habe nicht etwa nur der Abnahme der 11 Centner „sich nicht geweigert," — was keine Bedeutung für die Beweisführung haben würde, — sondern eine unbedingte und wirklich obligirende Erklärung, „die 11 Centner in den nächsten Tagen oder im Laufe der nächsten Woche zu empfangen," abgegeben, so würde es doch, selbst unter Berücksichtigung des wie oben ausgeführt geringen Ergebnisses der von Kellerschen Aussage, entscheidend sein, daß hier nur die Deposition Eines, und zwar zufolge des Obigen, nicht classischen Zeugen vorliegt.

Die vorderen Instanzen sind noch darauf eingegangen, ob die Bereitwilligkeits-Erklärung des Beklagten zur Abnahme der 11 Centner Draht um die betreffende Zeit, die Wahrscheinlichkeit für sich oder gegen sich gehabt habe. Ueberwiegende Gründe liegen aber weder nach der einen, noch nach der anderen Seite vor, wie denn überhaupt eine Schlußfolgerung auf dem gedachten Fundamente deshalb völlig unsicher ist, weil über die Motive, welche den Beklagten zu der betreffenden Zeit geleitet haben, nichts Näheres vorliegt, insbesondere über die Bedingungen des Geschäfts in Betreff der 150 Centner Draht, und aus welchen Gründen selbiges nicht zu Stande gekommen ist, aus den Acten nichts erhellet.

Aus diesen Gründen war auf Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses nnd zwar, den Umständen nach, unter Compensation der Kosten beider höheren Instanzen, zu erkennen.

№ 7.

In Sachen Henriette Roosen, geb. Linnich, Supplikatin (Anwald Herr Dr. J. E. Knauth) contra J. W. O. Strauß, Supplikanten. (Anwald Herr Dr. H. R. Loehr.)

A. Rechtsfall.

Der Supplikant wollte sich mit der Tochter der Supplikatin vermählen, ohne deren Einwilligung, welche diese aus Besorgniß, daß die Ehe der Gesundheit ihrer Tochter Nachtheil bringe, zu versagen sich berechtigt erachtete. Der Supplikant bat nun das Obergericht von Gerichtswegen den mütterlichen Consens zu suppliren.

Das Obergericht verweigerte dies, wogegen der Supplikant die dritte Instanz anrief, und eventuell die Einziehung eines Physikatsgutachtens über den Gesundheitszustand der supplicatischen Tochter verlangte. Das Ober-Appellationsgericht wies ebenfalls den Supplikanten mit seinem Verlangen zurück.

B. Rechtssätze:

a) aus dem Decrete des Obergerichts:

der elterliche Consens in die Heirath eines Kindes wird nur aus besonders erheblichen Gründen vom Obergerichte supplirt.

b) Aus dem Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse:

1) Nur dem Kinde selbst, zu dessen Ehe der gesetzlich erforderte elterliche Consens verweigert wird, nicht aber dem Verlobten desselben, steht ein selbstständiger Anspruch auf gerichtsseitige Supplirung jenes Consenses zu.

2) Ein solcher wesentlicher Legitimationsmangel kann noch, und zwar **ex officio**, in höherer Instanz geltend gemacht werden.

3) Bei der Frage, ob aus zureichenden Gründen oder **ex injuria** der elterliche Consens verweigert worden sei, ist der subjectiven Auffassung der Eltern eben so sehr billige Rücksicht zu schenken, wie dem verständigen Ermessen des Richters namentlich auch bei Beurtheilung der beigebrachten Beweise ein gewisser Spielraum zu gewähren.

4) Die Weigerung der Eltern, den Eheconsens zu ertheilen, erscheint schon dann als gerechtfertigt, wenn nach deren eigenen Wahrnehmungen, wie nach Ansicht der von ihnen zugezogenen Aerzte auch nur eine erhebliche Besorgniß obwaltet, daß durch Heirath der Tochter sich deren Krankheitszustand verschlimmern und einen lebensgefährlichen Charakter gewinnen möchte.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 4. Januar 1856.

In Sachen Henriette Roosen, geb. Linnich, Supplicatin, contra J. W. O. Strauß, Supplicanten,

daß, da nach der ganzen Fassung des Art. 2, Thl. 11, Part. II. Statut. und der Natur des Verhältnisses überhaupt der elterliche Consens in die Heirath eines Kindes nur aus besonders erheblichen Gründen von Gerichtswegen zu suppliren ist, solche Gründe von Seiten des Supplicanten aber hier überall nicht genügend nachgewiesen worden sind, das Gesuch des Supplicanten um Supplirung des mütterlichen Consenses in die Heirath desselben mit Helene Roosen keine Statt finde et comm.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 31. März 1856.

In Sachen J. W. O. Strauß zu Hamburg, Supplicantens, jetzt Appellantens, contra Berend Roosen jr. Wwe., Henriette, geb. Linnich, c. cur. daselbst, Supplicatin, jetzt Appellatin, wegen Supplirung des mütterlichen Consenses zur Ehe ihrer Tochter Helene, wird den Parteien der am 27sten vorigen Monats erfolgte Eingang der eingeforderten Voracten hiedurch angezeigt, und da die Sache einer weiteren Verhandlung nicht bedarf, vielmehr die Zurückweisung der vom Supplicanten in der Klage und Replik gestellten, jetzt wiederholten Anträge auf Supplirung des mütterlichen Eheconsenses, event. auf Einziehung eines Physicat-Gutachtens über den Gesundheitszustand der Helene Roosen

1) schon dadurch gerechtfertigt erscheint, daß nur dem Kinde selbst, zu dessen Ehe der gesetzlich erforderliche Consens von den Eltern verweigert wird, nicht aber dem Verlobten desselben ein selbstständiger Anspruch auf gerichtliche Supplirung des Consenses zugestanden werden kann, Supplicanten sonach bezüglich jener kraft eigenen vermeintlichen Rechts und bloo

für seine Person gestellten Anträge überall nicht als activ zur Sache legitimirt zu erachten ist, es auch kein Bedenken haben kann, diesen wesentlichen, wenn auch von der Supplicatin nicht ausdrücklich gerügten Mangel ex officio und noch in höherer Instanz geltend zu machen;

abgesehen aber auch hievon

2) die Beschwerdeführung des Supplicanten um deshalb als materiell ungegründet sich darstellt, weil bei der Frage, ob zu der von einem Kinde beabsichtigten Ehe die Eltern ihren Consens aus zureichenden Gründen, oder aber injuria, wie es in

L. 19 D de ritu nupt. (23, 2)

heißt, versagt haben, und ob derselbe gerichtsseitig zu suppliren sei oder nicht, der subjectiven Auffassung der Eltern eben so sehr eine billige Rücksicht geschenkt, als dem verständigen Ermessen des Richters, namentlich auch bei Beurtheilung der beigebrachten Beweise, ein gewisser Spielraum gelassen werden muß, die Weigerung der Supplicatin, zu der in Frage stehenden Ehe ihren Consens zu ertheilen, mithin schon dann als grundlos und ungerechtfertigt nicht erscheinen kann, wenn nach deren eigenen Wahrnehmungen, wie nach Ansicht der von ihr zugezogenen Aerzte auch nur eine erhebliche Besorgniß obwaltet, daß durch Verheirathung ihrer Tochter sich deren Krankheitszustand verschlimmern und einen lebensgefährlichen Charakter gewinnen möchte, nun aber vorliegend, daß dies hier zu befürchten steht, durch die beigebrachten von dem Supplicanten mehr in Bezug auf ihre Richtigkeit und Glaubwürdigkeit als in Betreff ihrer Echtheit bestrittenen ärztlichen Atteste trotz Mangels unbedingter Uebereinstimmung und formeller Beglaubigung derselben ausreichend bescheinigt ist, und dem gegenüber weder auf die ganz unbescheinigt gebliebenen und durchaus vagen Angaben des aller Sachkunde entbehrenden und persönlich interessirten Supplicanten über den Gesundheitszustand der Tochter Gewicht zu legen ist, noch vollends der Antrag auf Untersuchung durch das Physicat irgend für motivirt erachtet werden kann,

daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 4. Januar dieses Jahres, unter Verurtheilung Appellantens in die Kosten dieser Instanz, lediglich zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache an das Obergericht zurückverwiesen.

№ 8.

In Sachen Proc. extraj. **Hahn** als Proc. concurs. und **Dr. Aug. Sutor** als concur. bonor. der Fallitmasse des **Ferd. Aug. Gotthelf Krebs**, Impetranten, Kläger (Anwald Herr **Dr. Aug. Sutor**) contra **Carl Heinrich Wilhelm Krebs**, Impetraten, Beklagten (Anwald Herr **Dr. F. C. W. Patow**.)

A. Rechtsfall.

Der klägerische Curande hatte seinen Grundbesitz nebst Zubehör an seinen Sohn durch schriftlichen Contract verkauft; diesen Handel fochten die **cur. noie** Kläger aus vier verschiedenen Gründen, wegen Simulation, der Unselbstständigkeit des Beklagten, wegen Beeinträchtigung der Massegläubiger und eventuell wegen **laesio enormis** an und belangten den Beklagten auf Herausgabe des ihm Verkauften. Das Niedergericht verwarf jene ersten beiden Gründe gänzlich, und belegte rücksichtlich der **actio Pauliana** die Kläger mit einem doppelten Beweise. Auf klägerische Appellation erließ das Obergericht den zweiten jener vom Niedergericht auferlegten Beweise. Auf beklagtische Appellation hat die dritte Instanz das zweitinstanzliche Erkenntniß im Wesentlichen bestätigt. Später ist der Beweis durch Sachverständige angetreten, die Sache selbst aber dann verglichen worden.

B. Rechtssätze:

a) Im Niedergerichtlichen Erkenntnisse:

1) Eine Klage auf Zurückschreibung des Jemand verkauften und tradirten Grundstückes wegen Simulation ist nur dann zulässig, wenn neben dem Hauptvertrage, und zwar mit Einverständniß der hypothekarischen Gläubiger, ein geheimer Vertrag dahin ge-

schlossen wäre, daß demnächst das Kaufgeschäft gänzlich wieder aufgehoben und das Grundstück mit den inzwischen gezogenen Früchten wieder zurückgegeben werden solle.

2) Die Zulässigkeit der **actio Pauliana** gegen einen Kauf ist dadurch bedingt, daß durch das anzufechtende Geschäft die Gläubiger des Falliten eine wirkliche Vermögensverringerung erlitten, daß der Veräußerer in **fraudem creditorum** contrahirt, und daß der Käufer um die Beeinträchtigung der Gläubiger seines Contrahenten gewußt habe.

3) Zum Beweise der **fraus** eines Falliten genügt, daß selbiger sich durch den Abschluß des gedachten Contractes seines ganzen Vermögens begeben und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger unmöglich gemacht habe, obwohl er die Ansprüche kannte, die ihn zur Insolvenzerklärung nöthigten.

4) Bei rein lucrativen Geschäften ist das Mitwissen des Erwerbers um die **fraus** des Veräußerers zur **actio Pauliana** nicht erforderlich, wohl aber bei onerosen Geschäften.

5) Die **fraus** des Erwerbers ist zu präsumiren, wenn er beim Abschluß des Geschäfts erweislich Kunde von dem Anspruche der Gläubiger seines Contrahenten gehabt hat.

b) Aus dem Obergerichtlichen Erkenntnisse:

6) Hat ein Fallit alle seine Activa fortgegeben, so ist sein **animus fraudandi** zu präsumiren, ohne daß es für die Rescission des Geschäftes auf das Mitwissen des Erwerbers um diesen **animus** weiter ankäme.

7) Der **animus fraudandi** cessirt, wenn erwiesen wird, daß das Verkaufsobject nicht mehr als die auf dem Grundstücke haftende Beschwerungssumme werth gewesen sei, als es verkauft ward.

c) Aus dem Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse:

8) Nicht jeder vom Cribar im Zustande materieller Insolvenz abgeschlossene nicht zu einer Befriedigung seiner sämmtlichen Creditoren führende onerose Vertrag über die Gesammthabe kann von den Nichtbefriedigten ohne Weiteres angefochten werden.

9) Die Anwendung der Form eines onerosen Geschäfts allein bewirkt nicht schon, daß der dasselbe Anfechtende neben der Verletzung die betrügerische Absicht beider Contrahenten beweisen müßte; sondern

10) Es ist ohne Rücksicht auf die dem Geschäft gegebene Form nach allen concreten Umständen zu prüfen, ob durch solches den unbefriedigten Gläubigern etwas entzogen worden sei, mithin das Geschäft seiner onerosen Form unerachtet für den Erwerber einen entschieden lucrativen Charakter habe.

Niedergerichtlicher Bescheid
vom 22. Januar 1855.

Da der zur Klage beigebrachte Kaufcontract von den cur. noie Klägern 1) wegen Simulation, 2) wegen Unselbstständigkeit des nicht emancipirten Beklagten, 3) wegen fraudulöser Beeinträchtigung der Massegläubiger mittelst der actio Pauliana und 4) ganz eventuell wegen laesio enormis angefochten werden soll.

Ad. 1.

Da bei dem, durch die Umschreibung des Grundstückes auf des Beklagten Namen, in jeder Beziehung vollzogenen Kaufcontracte von einer den Beklagten zur Zurückschreibung des Grundstückes verpflichtenden Simulation nur dann die Rede würde sein können, wenn neben dem Hauptvertrage, und zwar mit Einverständniß der hypothecarischen Gläubiger, denen der Beklagte als der jetzige Eigenthümer der Landstelle verhaftet ist, etwa ein geheimer Nebenvertrag dahin geschlossen wäre, daß demnächst das Kaufgeschäft mit allen seinen Folgen wieder aufgehoben und das Grundstück mit den inzwischen gezogenen Früchten dem Verkäufer zurückgegeben werden solle, — da derartige Behauptungen aber gar nicht vorgebracht sind und der erste Klagegrund somit einer genügenden factischen und rechtlichen Begründung ermangelt —

Ad. 2.

Da der zweite Klagegrund dem volljährigen, im Besitze des Bürgerrechtes sich befindenden und somit völlig selbstständigen Beklagten gegenüber, nach unseren Rechten, ganz hinfällig erscheint, —

Ad. 3.

Da die Zulässigkeit der actio Pauliana dadurch bedingt wird, a) daß durch das anzufechtende Verkaufgeschäft wirklich eine, die Gläubiger des Falliten benachtheiligende Vermögens-Verringerung desselben herbeigeführt sei, b) daß der Fallit als Veräußerer den Abschluß des Geschäftes in fraudem creditorum vorgenommen habe und c) daß bei dem hier vorliegenden onerosen Geschäfte auch der beklagtische Erwerber

um diese Beeinträchtigung der Gläubiger seines Contrahenten gewußt habe, —

da, wenn gleich für das Vorhandensein der ersten dieser Bedingungen schon sehr erhebliche Momente von den cur. noie Klägern beigebracht sind, doch bei dem, durch die ihrer Wortfassung nach freilich sehr dunkle und unklare Anlage E einigermaaßen unterstützten Läugnen des Beklagten, daß die Landstelle wirklich einen höheren Werth habe, als die Beschwerungssumme, für die er dieselbe übernommen, noch ein weiterer Beweis des angeblich höheren Werthes auf Seiten der Kläger erforderlich ist, — da nun aber durch solchen Nachweis der Werth der Landstelle sich immer nur approximativ wird herstellen lassen und es somit nach dem Resultate dieser Beweisführung der künftigen Entscheidung des Gerichtes vorbehalten bleiben muß, ob wirklich ein so viel höherer Werth nachgewiesen sein werde, um mit Sicherheit eine durch den Verkauf eingetretene Verringerung des Vermögens des klägerischen Falliten annehmen zu dürfen, — da endlich dieser Nachweis auf den im December 1853 bestandenen Werth der Landstelle zurückzuführen ist, indem der Kaufcontract am 3ten December 1853 geschlossen und darauf erst die Umschreibung der Stelle auf des Beklagten Namen stattgefunden hat, weshalb auf die ganz unbescheinigte Angabe des Beklagten, daß der Kauf schon im Vorsommer des gedachten Jahres völlig abgeschlossen sei, keine Rücksicht genommen werden kann, —

da es für das Vorhandensein der zweiten Bedingung, der fraus des Falliten, genügt, daß derselbe sich durch den Abschluß des fraglichen Contractes seines ganzen Vermögens begeben, und sich dadurch, obwohl er, wie aus den Acten hervorgeht, schon damals Kunde von den Ansprüchen hatte, die ihn später zur Insolvenz-Erklärung genöthigt haben, in die Unmöglichkeit versetzt hat, diesen Gläubigern irgend wie gerecht zu werden,

vgl. l. 17 § 1 D. quae in fraudem (42, 8)

und es somit in dieser Beziehung eines weiteren Beweises nicht bedarf, —

da die dritte Bedingung der actio Pauliana, das Mitwissen des Erwerbers um die fraudulöse Veräußerung seines Contrahenten nur bei rein lucrativen Geschäften nicht erforderlich ist, hier aber, wo der Beklagte durch die Uebernahme der auf der Landstelle haftenden hypothecarischen Schulden allerdings einen Kaufpreis gegeben hat, nur von einem zweiseitigen onerosen Geschäfte die Rede sein kann, das dadurch die Gläubiger des Verkäufers verletzen soll, daß der gedachte Kaufpreis weit unter dem wahren Werthe des gekauften Objectes geblieben sei, — da aber unter der Voraussetzung, daß dieser zu geringe Kaufpreis erwiesen werden sollte, die erforderliche Wissenschaft des Beklagten um die unredliche Veräußerung seines Contrahenten unter den vorliegenden Verhältnissen schon dann als genügend hergestellt angenommen werden muß, wenn Kläger (was Beklagter bisher geläugnet und ohne Weiteres nicht gegen ihn präsumirt werden darf) ferner nachweisen würden, daß der Beklagte zur Zeit des Abschlusses des Contractes Kunde von den Ansprüchen der Gläubiger gehabt habe, die schon damals gegen den klägerischen Falliten erhoben waren, theils weil er als practischer Landmann über den wahren Werth der Landstelle nicht in Zweifel sein konnte, theils weil ihm ebenso wenig entgangen sein konnte, daß sein Contrahent durch die Entäußerung seiner sämmtlichen Vermögens-Objecte, auch sogar des an und für sich zu der Landstelle nicht gehörigen Mobiliares und gesammten Hausrathes, sich völlig außer Stand setzte, seinen gedachten Gläubigern irgend wie gerecht zu werden, —

Ad. 4.

Da für den vierten Klagegrund, die angebliche laesio enormis, von den Klägern bisher nur nähere Anträge reservirt sind und es in dieser Beziehung für jetzt um so weniger einer weiteren Entscheidung bedarf, als über den wahren Werth der Landstelle zur Zeit des fraglichen Verkaufes schon wegen des dritten Klaggrundes auf Beweis erkannt werden muß, —

da endlich, wenn in Betreff des für jetzt allein in Frage stehenden dritten Klagegrundes den Klägern noch Beweise aufzuerlegen waren, auch auf den von ihnen gestellten Sequestrations-Antrag zur Zeit nicht eingegangen werden konnte,

daß cur. noie Kläger bei Strafe der Entbindung des Beklagten von der Instanz Caution für die Prozeßkosten bis zur Summe von Ct.℔ 300 zu bestellen haben, —

daß ferner, unter Verwerfung des ersten und zweiten Klaggrundes, cur. noie Kläger rücksichtlich des dritten Klaggrundes in einem nach Erledigung des Cautionspunktes anzuberaumenden Termine, unter Vorbehalt des Gegenbeweises für den Beklagten cumulativ zu erweisen schuldig:

1) daß die fragliche Landstelle in dem Zustande, worin sich dieselbe im December 1853 befunden hat und zwar einschließlich des damals vorhanden gewesenen todten und lebenden Wirthschafts-Inventars und der derzeitigen Ernte und Feldfrüchte, so wie einschließlich des (im Kaufcontracte nebst dem lebenden und todten Wirthschafts-Inventar näher specificirten) herrschaftlichen Inventars einen — und zwar um wie viel — höheren Werth gehabt habe, als die derzeitige Beschwerungssumme von Ct.℔ 20,000, —

sowie:

2) daß der Beklagte schon am 3. December 1853 von den in der Designation des klägerischen Curanden aufgeführten Forderungen oder eines Theiles derselben oder überhaupt von einer namhaften Verschuldung seines Vaters Kenntniß gehabt habe, wobei es den Parteien unbenommen bleibt, sich im Beweis und Gegenbeweis-Verfahren des bereits Beigebrachten so weit Rechtens mit zu bedienen;

daß ferner wegen der Frage, ob nach der Beweisführung unter Nr. 1 wirklich eine Verringerung des Vermögens des klägerischen Curanden durch den fraglichen Kaufcontract angenommen werden könne, so wie wegen der eventuellen Ausführung der Wiederaufhebung des Kaufcontractes und der

von dem Beklagten behaupteten Verwendung auf das Grundstück, und endlich auch rücksichtlich der behaupteten laesio enormis für jetzt beiden Theilen quaevis competentia im weitesten Umfange vorzubehalten seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 14. Mai 1855.

da der Gegenstand der fraglichen Veräußerung — das Grundstück nebst todtem und lebenden Inventarium und sämmtlichen darauf befindlichen Mobiliar-Effecten — den Inbegriff aller wesentlichen Vermögens-Activa des Falliten bildete, und da der dafür stipulirte Kaufpreis lediglich in der Uebernahme der auf dem Grundstücke haftenden Hypothekenlast bestand, mithin der Fallit sein gesammtes Vermögen seinem Sohne übergab, ohne dafür in seine den Creditoren zu Gute kommende Masse das mindeste Aequivalent zu erhalten;

da unter diesen Umständen die Vorschrift der

l. 17 D. quae in fraudem cred. (42, 8)

zur Anwendung kommen muß, wonach bei einem Weggeben sämmtlicher Activa nicht nur der animus fraudandi auf Seiten des Falliten zu präsumiren ist, sondern auch ein Mitwissen des Erwerbers um diesen animus für die zu beantragende Rescindirung des Geschäfts nicht weiter in Frage kommt;

da übrigens in so weit der wahre Werth des Grundstücks den bedungenen Kaufpreis entschieden übersteigt, eine Bereicherung des Beklagten vorliegt und es auch schon aus diesem Grunde nicht weiter auf seine Mitwissenschaft an dem animus fraudandi des Falliten ankommen würde,

Savigny, System des heut. röm. Rechts, Band 4, pag. 25 und 99,

da jedoch die Praesumtion für den animus fraudandi und die daraus hervorgehenden Rechtsfolgen würden cessiren müssen, wenn, wie Beklagter behauptet, das Verkaufsobject wirklich nicht mehr als die auf dem Grundstücke haftende Beschwerungssumme werth sein sollte, wie denn in diesem Falle auch eine

Bereicherung des Käufers durch den Kaufhandel weder hätte beabsichtigt noch bewirkt werden können;

da es hiernach lediglich noch auf den von dem Beklagten zu führenden Beweis ankommt:

daß die fragliche Landstelle in dem Zustande, worin sich dieselbe im December 1853 befunden hat, und zwar einschließlich des damals vorhanden gewesenen todten und lebenden Wirthschafts-Inventars und der derzeitigen Ernte und Feldfrüchte, so wie einschließlich des im Kaufcontracte nebst dem lebenden und todten Wirthschafts-Inventar näher specificirten Wirthschafts-Inventars nicht einen entschieden höheren Werth als die derzeitige Beschwerungssumme von Ct.ℳ 20,000 gehabt habe;

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 22. Januar ds. Js. wieder aufzuheben und Beklagter den vorstehend normirten Beweis in termino praefigendo sub poena desertionis salva reprobatione zu führen schuldig sei, wobei beiden Theilen die Mitbenutzung des bereits zu den Acten gebrachten in quantum de jure vorbehalten bleibt.

Uebrigens wird hiedurch dem Beklagten anbefohlen, sich nicht nur jeder Deteriorirung des Grundstücks, des Inventars und des mitverkauften Mobiliars zu enthalten, sondern dieselben in jeder Beziehung in gutem ordnungsmäßigem Stande zu erhalten, bei Vermeidung einer im Entstehungsfall ohne Rücksicht auf die etwa wider das gegenwärtige Erkenntniß zu ergreifende Ober-Appellation zu verfügenden und sofort executivisch beizutreibenden Strafe von 500 Rthlrn. oder entsprechender Gefängnißstrafe.

Sollten partes annoch zur Güte geneigt sein, so wird, diesem Erkenntniß unbeschadet, eine Commission auf Ihre Wohlweisheiten Herrn Sieveking, Dr. und Herrn Rücker verfügt, und wird die Sache, mit den wieder zu versiegelnden Acten, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, an das Niedergericht remittirt.

Obergerichtliches Decret
vom 25. Mai 1855.

Daß der tempestive interponirten Appellation an das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck, gegen das obergerichtliche Erkenntniß vom 14ten ds. Monats zu deferiren, jedoch in Beziehung auf das in dem Erkenntniß enthaltene Verbot einer jeden Deteriorirung ohne Suspensiv-Effect et comm.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 8. April 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu erachten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 14. Mai vorl. Jahres zwar im Uebrigen, wie hiemit geschieht, zu bestätigen, jedoch in Betreff der Caution für die Prozeßkosten das Niedergerichts-Urtheil vom 22. Januar vorigen Jahres wieder herzustellen sei;

und wird nunmehr, unter Vergleichung der Kosten jetziger Instanz zur einen, sowie unter Verurtheilung des Beklagten in die andere Hälfte, die Sache zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die erste Beschwerde des Beklagten über die stillschweigende Aufhebung der in dem ersten Urtheile den Klägern gemachten Cautions-Auflage, welche von diesen in voriger Instanz nicht angefochten ist, war um deswillen für begründet zu erachten, und in diesem Punkte das Erkenntniß des Niedergerichtes wieder herzustellen.

Dagegen mußte die zweite Beschwerde des Beklagten, welche, da die Bitte des Appellationslibells im Zweifel in Gemäßheit des Inhaltes der Beschwerde zu erklären ist, nur

auf Herstellung der im ersten Urtheile den Klägern auferlegten Beweise, nicht aber auf Aufhebung des in dem vorigen Urtheile enthaltenen, überdies völlig gerechtfertigten an den Beklagten erlassenen geschärften Befehls resp. Verbots gerichtet ist, verworfen werden. Der zur Entscheidung stehende Fall stimmt nämlich mit dem, welcher in l. 17, § 1 D. quae in fraudem, 42, 8 entschieden worden ist, zunächst darin überein, daß von Seiten des Cridars an dessen Sohn eine Besitzes-Ueberlassung der gesammten von dem Cridar besessenen körperlichen Habe in der Absicht, Eigenthum zu übertragen, stattgefunden hat. Eben so steht es fest, daß der Cridar diese Handlung vorgenommen hat in dem Bewußtsein, persönliche Gläubiger zu haben, und auch darin stimmt der jetzige Fall mit dem in der Stelle entschiedenen überein. Dagegen war die dritte Voraussetzung der letzteren, daß den persönlichen Gläubigern durch die Veräußerung der Gegenstand ihrer Befriedigung entzogen worden sei, in dem vorliegenden Falle erst aus einer Prüfung der gesammten Sachlage abzuleiten. Da nämlich die Stelle nur der Eigenthumsübertragung gedenkt, ohne hinzuzufügen, ob dieselbe mit oder ohne Gegenleistung stattgefunden habe, so wird man weder berechtigt sein, anzunehmen, daß dieser Umstand bedeutungslos sei, dergestalt, daß ein jeder von dem Cridar im Zustande materieller Zahlungsunfähigkeit abgeschlossene nicht zu einer Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger führende onerose Vertrag über die gesammte Habe von den Nichtbefriedigten ohne Weiteres angefochten werden könnte, noch andererseits, daß die Stelle eine unentgeltliche Veräußerung voraussetze, dergestalt, daß die Anwendung der Form eines onerosen Geschäfts allein schon bewirke, daß der Anfechtende neben der Verletzung die betrügerische Absicht abseiten beider Contrahenten beweisen müßte; sondern man wird vielmehr, ohne Rücksicht auf die dem Geschäfte gegebene Form, nach allen concreten Umständen zu prüfen haben, ob durch solches den unbefriedigten Gläubigern etwas entzogen worden sei, mit andern Worten, ob das Geschäft, seiner onerosen Form ungeachtet, für den Er-

werber einen entschieden lucrativen Character habe. Letzteres mußte angenommen werden. Denn

1) der Cridar hat 1846 als ein nicht unvermögender Mann die Stelle angetreten und einen bedeutenden Theil des für dieselbe sammt landwirthschaftlichem Inventar bedungenen Kaufpreises von gegen 40,000 ℔ baar bezahlt, und es ist überall nicht, namentlich auch nicht durch das Nr. 23 der Nied. Ger. Act. anliegende Attest des Verkäufers Bröckelmann dargethan, daß der Käufer, welcher schon früher Landwirthschaft getrieben, bei Auslobung des Kaufpreises sich getäuscht habe.

2) Seit dem Jahre 1846 sind die Preise der Landgüter notorisch gestiegen, und der Cridar hat, wie eine Vergleichung des 1846 gekauften und des 1853 verkauften landwirthschaftlichen Inventars beweist, dasselbe vermehrt.

3) Der in dem Jahre 1846 für die Vollhufe vereinbarte Preis von 24,500 ℔ steht mit der 1853 für dieselbe berechnete Summe von 14,000 ℔ in einem starken Mißverhältnisse. Noch bedeutender tritt solches hervor bei der Verkaufssumme der Inventarien. Das landwirthschaftliche allein war 1846 zu 15,250 ℔ angeschlagen, 1853 sind für solches, mit Inbegriff des sogenannten herrschaftlichen Inventars, welches von dem Beklagten in Nr. 10, S. 31 der Nied. Ger. Act. auffallender Weise nur zu 150 ℔ angeschlagen wird, im Ganzen nur 6000 ℔ gerechnet.

4) Die Vollhufe allein, welche bei dem Verkauf von 1853 nur zu 14,000 ℔ angeschlagen war, ist nach Nr. 9 der Nied. Ger. Act. nicht bloß mit 20,000 ℔ beschwert gewesen, als der Beklagte dieselbe übernahm, sondern derselbe ist überdies im Stande gewesen, sofort einen Gläubiger zu finden, welcher in solcher bei einer ferneren Eintragung von 1000 ℔ ausreichende Sicherheit für seine Forderung zu finden geglaubt hat.

Alle diese Momente führen zu der Annahme, daß das Vorgeben des Cridars, er habe bei dem Verkauf 1853 an seinen 26jährigen in seinem Hause befindlichen Sohn nur die Absicht gehabt, rüstigere Kräfte an die Stelle seiner alters-

schwachen zu setzen, und der Hufe einen neuen tüchtigen Verweser zu verschaffen, nicht das Motiv seiner Handlungsweise gewesen sein werde, sondern, daß er vielmehr darauf ausgegangen ist, seinen sonstigen Gläubigern, mit denen er seit Jahren in Rechtsstreitigkeiten lebt, ihre endlich erstrittenen Forderungen mittelst gedachten Verkaufs zu entziehen. Es fragt sich daher nur noch:

Ob nicht die hervorgehobenen Momente schon ausreichend sind, um dem Beklagten auch den von dem Obergericht ihm nachgelassenen Beweis, daß die Hufe nebst Zubehör und Inventarien keinen höheren Werth als die Beschwerungs-, resp. Kaufsumme von 20,000 ₰ gehabt habe, abzuschneiden, was die Kläger mittelst ihrer gegen zwei gleichförmige Urtheile, da die Conformität nur eine negative ist, nicht verstoßenden, und gegen denselben „Theil" des vorigen Urtheils gerichteten, mithin nach § 135 der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung formell zulässigen Adhäsionsbeschwerde beantragt haben. Nun spricht zwar hiefür noch der Umstand, daß der Beklagte Nr. 10, S. 32 z. E. der Nied. Ger. Act. geständig ist, außer dem Kaufpreise die Verpflichtung übernommen zu haben, seine Eltern zu versorgen und zu ernähren, so daß also die hierauf zu verwendende Summe dem Kaufpreise annoch zugerechnet werden dürfte, und den Gläubigern durch den Verkauf aller Wahrscheinlichkeit nach entzogen wäre. Da indessen doch die Möglichkeit bleibt, daß die Summe von 20,000 ₰ sich als eine dem Empfangenen nicht entsprechende zu bedeutende Gegenleistung herausstellen könnte, und da das in Nr. 15 der Nied. Ger. Act. enthaltene Attest, so wenig es auch seiner zweideutigen Fassung wegen schon jetzt bei der Beurtheilung der Beweisfrage in Betracht gezogen werden konnte, jedenfalls in Verbindung mit den Vorträgen des Beklagten, dessen Ansicht, er werde den Beweis des von ihm behaupteten Mangels einer Verletzung der unbefriedigten Gläubiger zu führen im Stande sein, an den Tag legt, so war es bei dem Inhalt des obergerichtlichen Erkenntnisses in diesem Punkte zu belassen.

Die Kosten voriger Instanz waren kein Gegenstand der Beschwerde, und die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten jetziger Instanz zur einen, so wie die Vergleichung derselben zur anderen Hälfte, ungeachtet der theilweisen Abänderung des vorigen Erkenntnisses, so wie der Verwerfung der Adhäsionsbeschwerde, mußte dem durch die einzelnen Beschwerden veranlaßten Kostenaufwand als entsprechend erachtet werden.

№ 9.

In Sachen **Dr.** jur. **Patow jr.** mand. noie **Dr.** med. **H. Frees** und **Claus Näffen** tut. noie der unmündigen **Johanna Christine Emilie Fischbeck,** Klägers contra **Dr.** jur. **Büller** mand. noie **Johann Christian Eduard Fischbeck,** Beklagten. Namen der Anwälde wie in rubro.

A. Rechtsfall:

Die Kläger verlangten Alimente für ihren Mündel vom Beklagten, welcher die Paternität bestritt; worauf die Kläger den Beweis derselben durch ein Schreiben des Beklagten und die Zeugenaussage eines Arztes, welcher die Mutter der klägerischen Pupillin auf Veranlassung des Beklagten beim Vorhandensein der Anzeichen einer Schwangerschaft behandelt hatte, versuchten.

Das Niedergericht erkannte auf beklagtischen Reinigungseid, das Obergericht aber auf einen Erfüllungseid abseiten der Mutter der klägerischen Pupillin, die dritte Instanz stellte endlich das erstinstanzliche Erkenntniß wieder her.

B. Rechtssätze:

Unter Umständen kann freilich aus der äußersten Intimität zweier Personen verschiedenen Geschlechtes eine Vermuthung für den Fortbestand derartiger Beziehungen abgeleitet werden, allein hiebei wird doch vorausgesetzt, daß eine nähere häusliche Gemeinschaft oder entsprechende Verhältnisse zwischen den Betheiligten stattgefunden haben.

Niedergerichtlicher Bescheid
vom 9. März 1855.

Daß der dem mand. noie Kläger obliegende Beweis bis auf einen von dem Beklagten zu leistenden Reinigungs-Eid für verfehlt zu erklären und Beklagter diesen dahin zu formalisirenden Eid:

daß er innerhalb des Zeitraumes vom 9. Juni bis zum 5. October 1853 mit der Mathilde Amalie Josephine Hansen sich nicht fleischlich vermischt habe

vor dem in dieser Sache bereits bestellten Commissar bei Strafe der Eidesverweigerung abzuleisten schuldig sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 27. April 1855.

(Auf klägerische Appellation.)

Da der Beklagte den geschlechtlichen Umgang mit der Mutter der klägerischen Pupillin eingeräumt hat, hinsichtlich der zum Beweise verstellten Zeit des Beischlafes aber, neben dem außergerichtlichen Geständnisse des Beklagten, ganz wesentlich in Betracht kommt, daß der Beklagte nach dem, als von ihm herrührend nicht bestrittenen, mit dem Postzeichen vom 7. September versehenen, Schreiben (Anlage 6 zur Beweis-Antretung) und der Aussage des Herrn Dr. Liepermann, welche hinsichtlich der Zeit durch dessen von demselben recognoscirte Recepte praecisirt wird, die Klägerin in Veranlassung der Anzeichen einer vorhandenen Schwangerschaft der Behandlung des Herrn Dr. Liepermann übergeben hat, nach dem Allen aber der Beklagte zu einem Reinigungs-Eide nicht zugelassen werden kann, vielmehr der Mutter der klägerischen Pupillin ein Erfüllungs-Eid aufzuerlegen ist;

daß der niedergerichtliche Bescheid a qua den 9. März dieses Jahres wieder aufzuheben, und die Mutter der klägerischen Pupillin zu einem Ergänzungs-Eide dahin zu admittiren ist:

daß Beklagter sich innerhalb des Zeitraumes vom 9. Juni bis zum 5. October 1853 fleischlich mit ihr vermischt habe.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, nebst den wieder zu versiegelnden Acten, an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 10. April 1856.

Daß die Formalien der Appellation nach der dem Beklagten durch das Erkenntniß vom 10. Juli 1855 ertheilten Restitution für berichtigt anzunehmen, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 27. April 1855 aufzuheben, und das Erkenntniß des Niedergerichts vom 9. März 1855, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, wieder herzustellen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Frage, ob mit dem Niedergerichte auf ein Purgatorium des Beklagten, oder mit dem Obergerichte auf ein Seitens der klägerischen Parthei abzuleistendes Suppletorium zu erkennen sei, mußte als eine zweifelhafte angesehen werden. Folgende Gründe führten indessen zu einer Aufhebung des obergerichtlichen und einer Wiederherstellung des niedergerichtlichen, den Beklagten zum Purgatorium zulassenden Erkenntnisses.

Die klagenden Vormünder stützten sich auf folgende Argumente, welchen auch das Obergerichts-Erkenntniß im Wesentlichen beigetreten ist:

1) darauf, daß der Beklagte eingeräumt, im Jan. 1853 mit der Mutter der klägerischen Pupillin, der Mathilde Amalie

Josephine Hansen concumbirt zu haben, und daß hieraus eine Vermuthung für eine Fortsetzung des geschlechtlichen Umgangs abzuleiten sei;

2) darauf, daß ein außergerichtliches Bekenntniß des Beklagten in gewissem Maaße nachgewiesen sei, noch später als im Januar, namentlich im August Monat 1853, mit der Hansen den Beischlaf vollzogen zu haben;

3) darauf, daß der Beklagte im September e. a. die Hansen veranlaßt habe, wegen der Frage: ob sie schwanger sei oder nur an körperlichen Störungen leide, einen ihm, dem Beklagten, befreundeten Arzt zu consultiren.

Nun konnte aber das Zutreffende der unter 1) aufgestellten praesumtio facti nicht anerkannt, das unter 2) angenommene außergerichtliche Bekenntniß nicht als genügend bewiesen erachtet und dem unter 3) erwähnten, in gewissem Grade allerdings vorhandenen Beweismomente keine solche Wirksamkeit beigelegt werden, um selbst in Verbindung mit dem sonstigen Acten-Inhalte der Hansen den Vorzug vor dem Beklagten in Betreff eines abzulegenden nothwendigen Eides zu geben.

Ad. 1. Der zu beweisende Umstand besteht darin, daß der Beklagte mit der Hansen zwischen dem 8. Juni und dem 5. October 1853 concumbirt habe. Eingeräumt hat der Beklagte, wie bereits bemerkt worden, nur, daß im Jan. jenes Jahres zwischen ihm und der Hansen, und zwar zu zwei Malen, geschlechtlicher Umgang stattgefunden habe. Nun kann freilich unter Umständen aus der äußersten Intimität zweier Personen verschiedenen Geschlechts eine Vermuthung für den Fortbestand derartiger Beziehungen abgeleitet werden, allein hiebei wird doch vorausgesetzt, daß eine nähere häusliche Gemeinschaft oder entsprechende Verhältnisse zwischen den betheiligten Personen stattgefunden haben. Solche Beziehungen des Beklagten und der Hansen zu einander haben aber nicht bestanden. Die Letztere hat sich, als der Beklagte sie kennen lernte, in der zu St. Georg geführten Wirthschaft des Zeugen Jürgensen befunden, und die von dem Beklagten zugegebenen

Concumbenzfälle sind in dessen, ebenfalls in St. Georg befindlichen Hause, wohin die Hansen sich zu diesem Zwecke begeben, vorgekommen. Ferner hat selbst der gemeinsame Aufenthalt in jener Hamburgischen Vorstadt seit dem Februar Monat 1853 aufgehört, da die Hansen, wie vom Beklagten behauptet und durch die Aussage des klägerischen Zeugen Jürgensen,

ad. Int. sp. 6, art. 2

in Verbindung mit den klägerischen Angaben in der Replik,

Acta 1ae inst. [11] p. 1

außer Zweifel gestellt ist, die Jürgensensche Wirthschaft um jene Zeit verlassen und ihre Wohnung in Altona genommen hat. Nach den replikarischen Angaben der Kläger p. 2 soll denn auch der geschlechtliche Umgang nach dem Februar nur auf diejenige Weise unterhalten worden sein, daß die, wie bemerkt, damals in Altona wohnhafte Hansen den Beklagten in dessen Hause in St. Georg besucht habe.

Unter solchen Umständen kann aus den beiden vom Beklagten zugestandenen Concubitus vom Januar keine oder doch nur eine sehr geringe Vermuthung für den Fortbestand geschlechtlicher Beziehungen desselben zur Hansen während späterer Zeit, insbesondere in den Monaten Juni bis October, abgeleitet werden.

Daß

ad. 2, das außergerichtliche Bekenntniß des Beklagten, in der kritischen Zeit, jedenfalls im August 1853 mit der Hansen concumbirt zu haben, nicht bewiesen vorliegt, ergiebt sich ohne Weiteres aus dem Umstande, daß überhaupt nur ein testis singularis, der Zeuge Jürgensen, über dasselbe ausgesagt und daß selbst dieser ohne die erforderliche Bestimmtheit sich darüber erklärt hat. Letzteres erhellet aus der Antwort des Zeugen zum Art. prob. 2 „wenn er nicht irre" so habe der Beklagte vom August Monat in der betreffenden Richtung geredet. Der Zeuge selbst hat mithin seine Deposition über den vorbemerkten Punkt als eine nicht auf bestimmter Erinnerung beruhende, mithin nicht zuverlässige bezeichnet.

Für weit erheblicher mußte dagegen

ad. 3 dasjenige geachtet werden, was aus der Aussage des Zeugen Dr. Liepermann, in Verbindung mit den von selbigem anerkannten Recepten Anl. 7—9

Act 1ae inst. [17] — [19]

hervorgeht, daß nämlich der Beklagte zu Anfang des September-Monats die Hansen auf deren Erklärung, von ihm schwanger zu sein, veranlaßt habe, zu dem Dr. Liepermann sich zu begeben und durch diesen ihren Zustand untersuchen zu lassen. Denn hieraus ergiebt es sich, daß der Beklagte es um die gedachte Zeit für möglich gehalten haben muß, daß die von der Hansen damals behauptete Schwangerschaft von ihm herrühre, welches letztere nur geringe Wahrscheinlichkeit für sich gehabt hätte, wenn er wirklich, wie von ihm behauptet worden, nur im Januar mit ihr concumbirt haben sollte, indem eine hiedurch veranlaßte Schwangerschaft aller Vermuthung nach schon weit früher hätte bemerkt werden müssen. Gleichwohl kann dem vorbemerkten Momente deshalb keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden, weil es nicht hergestellt ist, welche Mittheilungen die Hansen dem Beklagten im August oder zu Anfang des September über ihren körperlichen Zustand gemacht hat, ob der Beklagte damals mit ihr persönlich zusammengetroffen ist, und ob er — ein unverheiratheter Handwerker — genügende Kunde von den Schwangerschaftszeichen besessen hat, um selbst zu einem bestimmten Urtheile über den betreffenden Punkt zu gelangen. Unter solchen Umständen kann über die Erklärung des Beklagten, er habe die Möglichkeit einer von ihm herrührenden Schwangerschaft der Hansen nicht ohne Weiteres ablehnen können, und die Letztere, um sein ferneres Verhalten danach zu bestimmen, zum Dr. Liepermann, als einem sachkundigen Beurtheiler ihres Zustandes, geschickt, um so weniger hinweggegangen werden, als der Beklagte, nachdem ihm der genannte Arzt das Resultat seiner Wahrnehmungen mitgetheilt, sofort die Ansprüche der Hansen als grundlos bezeichnet und zurückgewiesen hat,

ad Art. prob. 11.

Ein Bedenken könnte noch in der Richtung erhoben werden, ob etwa in der Antwort des Zeugen Dr. Liepermann,

ad Art. prob. 8

welche folgendermaaßen protocollirt ist:

„Der Beklagte habe ihm mitgetheilt, daß ein Mädchen, mit dem er Umgang habe, unwohl sei, indem dessen Regeln einige Male ausgeblieben,"

eine Aussage des Inhaltes zu erblicken sei, daß der Beklagte gegen den Zeugen von einem dauernden und bis zu dem in Betracht gezogenen Zeitpunkte fortgesetzten vertrauten Verhältnisse zur Hansen geredet habe.

Eine solche Annahme würde sich indessen nicht rechtfertigen lassen, da der Fassung jenes Zwischensatzes hier keine wesentliche Bedeutung beigelegt werden kann, indem die an den Zeugen gerichtete eigentliche Frage nur auf den ihm von dem Beklagten ertheilten Auftrag und dessen Inhalt gerichtet gewesen ist. Ueberdies wird in dem Artikel selbst von dem Umgange nicht als von einem noch derzeit bestehenden geredet, („eine gewisse Hansen, mit welcher Beklagter fleischlichen Umgang gehalten"), so daß um so weniger jener Fassung der Antwort Bedeutung beigelegt werden kann.

Nach dem Allen konnte die klägerische Beweisführung nicht als so weit geliefert angesehen werden, um der klägerischen Parthei in Betreff eines nothwendigen Eides den Vorzug vor dem Beklagten zu geben, und bedurfte es mithin keines Eingehens darauf, welcher Einfluß der Thatsache beizulegen sei, daß die Hansen in dem gegen das Ende des Jahres 1853 wider den Beklagten erhobenen Prozesse 3000 ℔ pro defloratione et satisfactione gefordert und in der That 450 ℔ vergleichsweise erlangt hat, während sie, wie vom Beklagten zu diesen Acten bescheinigt worden, schon vorher zweimal geboren hatte, folglich nach

Stat. IV. 28

für sich keinerlei Anspruch, nicht einmal auf Ersatz der Wochenbettskosten, erheben durfte.

№ 10.

In Sachen **Maria Hüllmann**, Klägerin (Anwald **Dr. W. L. Heise**) contra **Claus Hüllmann**, Beklagter. (Anwald **Dr. O. Meier**.)

A. Rechtsfall:

Die Klägerin, eine Schwester des Beklagten, hatte von 1840 bis 1843 vollständig in dessen Hause gelebt und gearbeitet, ohne Lohn zu erhalten; von da an zog sie von ihm fort und ernährte sich selbstständig, kehrte aber 1844 auf den Wunsch des Beklagten zu ihm zurück, der ihr Kost und Miethegeld während der folgenden sieben Jahre gewährte. Die Klägerin verlangte nun unter Anderen Zahlung von Wochlohn von je 6 ℔, dessen sich der Beklagte weigerte.

Das Patronat St. Pauli war der Ansicht, daß die Klägerin in Betreff ihrer Lohnsforderung entweder eine ausdrücklich getroffene Uebereinkunft oder solche Umstände nachweisen müsse, aus denen die Ueberzeugung hervorginge, daß eine pecuniäre Vergütung für die klägerischen Dienste nach Maaßgabe ihres Werthes in der Absicht der Partheien gelegen habe, indem sonst bei dem obwaltenden geschwisterlichen Verhältnisse, da der Bruder der Schwester Kost und zu anderweitigen Bedürfnissen die nöthigen Gelder verabreicht hatte, die Thätigkeit der Schwester in den brüderlichen Geschäften den Gegensatz zu seinen Leistungen ausgemacht, und somit zwischen ihnen das gewöhnliche geschwisterliche Verhältniß gemeinsamer Zehrung und gegenseitiger Hülfeleistung stattgefunden habe.

Das Obergericht faßte von vorn herein das unter den Partheien obgewaltet habende Verhältniß als ein Dienstverhältniß auf und verwies das Quantum der der Klägerin zuzusprechenden Vergütung auf den Ausspruch von Sachverständigen, eventuell auf das richterliche Ermessen.

Das Ober-Appellationsgericht nahm freilich auch ein Dienstverhältniß an, fand aber dadurch den Lohnsanspruch an sich noch nicht für begründet, bestätigte jedoch das obergerichtliche Erkenntniß.

B. Rechtssätze:

a) Aus dem Obergerichtlichen Erkenntnisse:

1) Liegt unter Partheien ein Dienstverhältniß vor, so ist für unbestrittene Dienste dem Dienenden selbst dann eine Vergütung zuzusprechen, wenn keine darauf gerichtete Verabredung getroffen sein sollte.

2) Hierin macht ein unter den Partheien obwaltendes geschwisterliches Verhältniß gar keinen Unterschied.

b) Aus dem Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse:

3) Mit der Annahme eines Dienstverhältnisses unter Geschwistern ist noch nicht entschieden, daß der Dienende gegen einen dem Betrage nach etwa richterlich zu bestimmenden Lohn gedient habe.

4) Vielmehr kann eben so gut angenommen werden, daß, nach der Absicht der Partheien, jene Dienste hätten durch Kost, Miethezahlung und Darreichung sonstiger kleiner Bedürfnisse compensirt werden sollen.

5) Wenn aber der Dienende sonst Lohnarbeiter gewesen und seine Dienste vorherrschend einem vom Dienstgeber betriebenen Gewerbe gewidmet waren, so streitet selbst unter Geschwistern die überwiegende Vermuthung für ein Dienen um Lohn und gegen das sonst bei blos häuslichen Diensten gewöhnliche Familien-Verhältniß der Partheien.

Erkenntniß des Patronats zu St. Pauli
vom 9. März 1853.

Daß die Vertretung des Beklagten durch seine für ihn handelnde Ehefrau für vollständig legitimirt zu erklären, es aber der Extension des rubri nicht bedürfe;

und in der Sache selbst:

I) da Klägerin, den zweiten Posten der eingeklagten Rechnung, groß 140 ℔, betreffend, lediglich die Eidesdelation zur Hand genommen hat;

II) in Betreff des fünften Postens der libellirten Rechnung, groß 2124 ℔:

da aus dem Verfehlen des dem Beklagten im Interlocut vom 28. Mai 1851 auferlegten Beweises nichts weiter folgt, als daß das vom Beklagten früher behauptete Societäts-Verhältniß und daher eine Theilnahme der Klägerin am Gewinn

und Verlust des beklagtischen Geschäftes, als nicht vorhanden betrachtet werden muß (wie denn auch aus diesem Grunde die Rechnungsposte 1, 3 und 4 bereits als Darlehn behandelt und der Klägerin adjudicirt worden sind), dagegen aber eine irgend welche klägerische Forderung von Wochlohn durch jenes Verfehlen des Societäts=Beweises keinesweges justificirt ist, es vielmehr zur Justification einer solchen Lohnsforderung des Nachweises entweder einer ausdrücklichen desfallsigen Uebereinkunft oder wenigstens solcher Umstände bedürfen würde, aus welchen die Ueberzeugung hervorginge, daß eine pecuniäre Vergütung für die klägerischen Dienste nach Maaßgabe ihres Werthes (der dann im Zweifelsfalle arbitrio boni viri festzustellen wäre) in der Absicht der Partheien gelegen habe, indem sonst, bei dem Verhältnisse einer Schwester zu dem Bruder, welcher sie in seinem Hause beköstigte und ihr auch zu anderweitigen Bedürfnissen die nöthigen Gelder verabreichte, angenommen werden muß, daß die Thätigkeit der Schwester in den brüderlichen Geschäften den Gegensatz zu seinen Leistungen ausgemacht, und somit unter ihnen das im Allgemeinen unter Familiengliedern bestehende Verhältniß gemeinsamer Zehrung und gegenseitiger Hülfeleistung stattgefunden habe;

da aber Behufs eines solchen Nachweises abseiten der Klägerin in ihrer Parition des Conclusi vom 15. Sept. 1852 bis auf die am Schlusse reservirte Eidesdelation überall gar nichts beigebracht, mithin lediglich der bisherige Acten=Inhalt dafür zu Hülfe zu nehmen ist;

da nun in dieser Beziehung an directen Beweisgründen nichts anderes vorliegt, als die Aussage des Bruders Friedrich Hüllmann (in seiner früheren Zeugen=Aussage vom 18ten November 1851):

> daß Beklagter, als er die Klägerin von Scholvin wieder weggeholt habe, ihm, dem Zeugen, gesagt, daß er die Klägerin für sein Geschäft zu 6 ß die Woche und Essen und Trinken engagirt habe;

diese Aussage aber (auch abgesehen davon, daß Klägerin sich zu dem ihr jetzt obliegenden Beweise gar nicht auf dieselbe bezieht), theils wegen des zwischen dem Beklagten und Friedrich Hüllmann, nach des Letzteren eigener Angabe, bestehenden gespannten Verhältnisses, theils weil darin lediglich ein außergerichtliches Geständniß des Beklagten bezeugt wird, einen auch nur halben Beweis nicht zu liefern im Stande ist;

da auch die sonstigen factischen Umstände, über welche partes einig sind — daß nämlich die Klägerin bis zum Jahre 1843 vollständig im Hause des Beklagten lebte und arbeitete, ohne Lohn zu erhalten, daß sie dann ihn verließ und sich ganz selbstständig ernährte; daß sie sich darauf im Jahre 1844 auf den Wunsch des Beklagten wieder zu demselben zurückbegab und neuerdings wieder von ihm Kost und Logis (wenn auch Letzteres nur durch Bezahlung ihrer Miethe außer dem Hause) empfing; — der Art sind, daß sie an und für sich und beim Mangel jedes fernerweitigen Beweises eben so gut auf die Absicht der Wiederherstellung des früheren familiären Verhältnisses als auf die der Eingehung eines neuen Lohnsverhältnisses schließen lassen, zumal Klägerin während der folgenden vollen sieben Jahre gänzlich unterlassen hat, sich ihren angeblichen „Wochlohn" jemals auszahlen oder auch nur in irgend einer Weise ihre desfallsige Rechnung feststellen zu lassen, so daß sie, wenn ihr jetzt wegen mangelnder Beweise wirklich Unrecht geschehen sollte, solches wesentlich ihrer Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit zuzuschreiben haben würde;

da somit in Beziehung auf den fünften Posten der libellirten Rechnung nur noch von einem Eide des Beklagten, rücksichtlich dessen Klägerin sich ihre Anträge reservirt hat, die Rede sein kann;

III) den sechsten Posten der Rechnung betreffend:

da die Klägerin hiefür Zeugen vorgeschlagen hat, gegen deren Anhörung Beklagter nichts einwendet, auch noch nicht abzusehen ist, ob und welche relevante Thatsachen von diesen Zeugen etwa bewahrheitet werden können, mithin deren Abhörung Statt zu finden hat;

IV) das Mobiliar anlangend:

da Beklagter jetzt das klägerische Eigenthum an Bett, Bettstelle und Tisch anerkennt (wobei er mit seinen neuerdings erhobenen Tauschansprüchen ad separatum verwiesen werden muß), dagegen in Betreff des Sopha's wider die vorgeschlagenen Zeugen und in Betreff der Kleinigkeiten wider die Eidesdelation an seine Ehefrau nichts einwendet;

V) das von dem Beklagten angeblich geleistete Mehr an Miethe und Taschengeld betreffend:

da die desfallsige Beweisantretung überall nur in Betracht kommen kann, wenn die Klägerin ein Lohnsverhältniß darthun sollte, mithin noch nicht darüber zu erkennen, sondern das Erkenntniß nur für den Fall zu reserviren ist, daß der Klägerin jener ihrseitige Beweis annoch auf dem Wege der Eidesdelation gelingen sollte;

VI) die angebliche Unterschlagung von 719 ℔ 10 ß betreffend:

da in dieser Hinsicht durch alle beklagtischen producta und Anführungen nichts bewiesen ist, es daher nur noch auf die Eidesdelation, welche Beklagter eventualiter reservirt hat, ankommen kann;

daß Klägerin schuldig sei:

1) in proxima sub poena contum. wegen der zur Justification des zweiten Rechnungspostens reservirten Eidesdelation die behufigen Anträge zu stellen,
2) ad proximam s. p. contum. mit der Abhörung der hiemittelst salvo omni jure admittirten Zeugen Louise Grün, Harms, Schnell, August Meyer und Salinger zu verfahren;

daß dagegen Beklagter schuldig sei:

1) in proxima s. p. cont. über den ihm ratione des zweiten Postens deferirten, dahin zu formalisirenden Eid:

daß die Behauptung der Klägerin, als habe sie ihm vom 15. November 1840 bis 1851 an baarem Gelde und für seine Rechnung gemachten Hausstandsausgaben 140 ℔ geliehen, unwahr sei,

vel acceptando vel referendo zu erklären;

2) in proxima s. p. cont. über den seiner Ehefrau deferirten, dahin zu formalisirenden Eid:

daß sie keine der Klägerin gehörigen Töpfe, Gabeln, Löffel oder Blechmaaß zurückbehalten habe,

sich zu erklären und im Annahmefalle denselben durch seine Ehefrau in eadem audientia ableisten zu lassen;

3) in proxima s. p. cont. wegen der zur Justification der 719 ℔ 10 ß reservirten Eidesdelation seine Anträge zu stellen;

4) in acht Tagen sub poena 10 Thaler das von der Klägerin in Anspruch genommene Bett nebst Bettstelle und Tisch derselben auszuliefern.

Mit dem Anspruche auf ein ihm auszulieferndes anderweitiges Bett wird Beklagter ad separatum verwiesen und bleiben übrigens wegen der oben sub V berührten, nur eventuell in Betracht kommenden Beweisantretung bis auf weiteres competentia vorbehalten.

Obergerichtliches Decret
vom 8. April 1853.

Da das zwischen den Partheien bestandene Verhältniß, nachdem die von dem Beklagten aufgestellte Behauptung einer zwischen ihm und der Klägerin bestandenen Societät durch Erkenntniß vom 15. September vor. Jahres ihre Erledigung gefunden hat, als ein Dienst-Verhältniß der Klägerin zu dem Beklagten aufzufassen ist, und eine angemessene Vergütung für die von der Klägerin in dem beklagtischen Geschäfte geleisteten, an sich nicht bestrittenen Dienste selbst dann rechtlich begründet sein würde, wenn ein bestimmter Accord, wie solcher klagend dahin behauptet ist, daß die Klägerin für Beköstigung und 6 ℔ Wochenlohn von dem Beklagten engagirt worden, nicht stattgefunden haben sollte, darin auch das geschwisterliche Verhältniß, in welchem die Partheien stehen, gar keinen Unterschied begründen kann;

da es auch bei dieser Sachlage auf den behaupteten Accord um so weniger ankommt, als das Erkenntniß vom 15. Sept. vorigen Jahres denselben nicht einmal speciell zum Beweise verstellt, sondern nur eine Justification der bestrittenen Posten im Allgemeinen verlangt hat, und es danach der Klägerin freistehen mußte, diese Justification, ganz abgesehen von dem Accorde, in der ihr geeignet erscheinenden Weise zu beschaffen,

da die des Endes klägerischer Seits beantragte Schätzung der Dienste, welche die Klägerin in dem beklagtischen Geschäfte geleistet hat, durch Sachverständige, der Sach- und Actenlage durchaus angemessen erscheint, falls der Richter erster Instanz die Sache nicht für genügend instruirt erachten sollte, um die der Klägerin zuzusprechende Vergütung ex aequo et bono schon jetzt festzustellen;

daß das Erkenntniß des Herrn Patron der Vorstadt St. Pauli a quo vom 9. März dieses Jahres, soweit solches angefochten worden, ratione passus II. wiederum aufzuheben, der Anspruch der Klägerin auf eine angemessene Vergütung für die von ihr in dem beklagtischen Geschäfte geleisteten Dienste für rechtlich begründet zu erklären, und die Sache wegen Feststellung dieser Vergütung in quanto, sei es nach einer desfalls anzuordnenden Schätzung durch Sachverständige, sei es durch richterliche Schätzung ex aequo et bono, an die erste Instanz zurückzuverweisen ist. Acta sind dem Patronat zu St. Pauli zu remittiren et comm.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 14. April 1856.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 8ten April 1853, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Patronat zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die beiden vom Beklagten in jetziger Instanz aufgestellten Beschwerden mußten als unbegründet verworfen werden. Was nämlich

I) die als praejudiciell zunächst zu prüfende zweite Beschwerde betrifft,

> daß der Klägerin mit Unrecht gestattet worden sei, eine von ihrer Klage abweichende ganz neue Behauptung geltend zu machen,

so läßt sich zwar keineswegs annehmen, daß der Versuch der Klägerin, ihren Anspruch, unter einstweiligem Absehen von dem in der Klage behaupteten Accord, auf ein nach Statut Th. II. Tit. 9 Art. 6 zu beurtheilendes Dienstverhältniß zu gründen, bereits rechtskräftig als zulässig anerkannt sei, indem die Allgemeinheit der Beweisauflage vom 15. Septbr. 1852 den fraglichen Klagposten „zu justificiren," worauf sich die Klägerin in dieser Hinsicht beruft, eine solche Annahme, wie von selbst einleuchtet, in keiner Weise rechtfertigen kann. Allein jener Versuch war durch die ebengedachte Beweisauflage auch eben so wenig für ausgeschlossen, noch überhaupt für unzulässig zu halten. Die Klägerin hat mit ihrer jetzigen Intention den Gegenstand und Grund ihres ursprünglichen, auf einen Accord von 6 ℔ Wochenlohn gestützten, Klag-Antrages nicht verändert; der Gegenstand bleibt: die Vergütung der in der bestimmten Zeit geleisteten Dienste; der Grund: ein darauf gerichteter Vertrag der Partheien. Der Unterschied zwischen beiden Begründungen besteht nur darin, daß die Uebereinkunft in einem Falle in eine ausdrückliche, auch die Höhe des Lohnes feststellende Beredung übergegangen, im anderen Falle ohne solche Feststellung nur durch concludente Handlungen erklärt sein würde. Ist nun eine stillschweigende Willenserklärung bereits aus den Acten zu entnehmen, so wird damit der Nachweis einer ausdrücklichen Uebereinkunft von selbst entbehrlich, da die Klägerin hinsichtlich der Größe des Lohns sich der Schätzung durch Sachverständige oder durch

den Richter unterworfen hat, ohne für den Fall einer etwaigen günstigeren Schätzung mehr, als die anfänglich geforderten 6 ℔ per Woche in Anspruch zu nehmen. Der jetzige Antrag der Klägerin enthält daher nur einen Beweisversuch, welcher wohl zur Herabsetzung, aber nicht zur Erhöhung des ursprünglichen Anspruches führen kann, und dessen Statthaftigkeit um so weniger einem Bedenken unterliegt, da die Klägerin bereits in der Replik ihren Klagantrag ausdrücklich in dieser Richtung erweitert hat, indem sie sich darauf berief, daß der geforderte Lohn, abgesehen von der vorausgegangenen desfallsigen Verabredung, gewiß als ein durchaus billiger erscheine, und deshalb beantragte, ihr denselben als sofort liquid zuzuerkennen, der Beklagte aber sich in der Duplik über diesen Antrag erklärt hat, ohne ihn als eine unzulässige Aenderung anzufechten.

II) Die erste Beschwerde geht dahin,

daß das Verhältniß der Klägerin zu dem Beklagten ohne jeglichen Beweis als Dienstverhältniß bezeichnet worden sei, worunter der Ausführung zufolge ein Dienst gegen Leistung eines dem Betrage nach unbestimmten Lohnes zu verstehen ist.

Außer Streit ist es hierbei zunächst, daß die Klägerin während der Zeit, auf welche sich ihre Lohnforderung erstreckt, für das Geschäft des Beklagten thätig gewesen ist, indem der Beklagte dies von Anfang an zugestanden hat. Auch bleibt, nachdem der vom Beklagten versuchte Beweis einer zwischen ihm und der Klägerin bestandenen Societät durch den Eid der Letzteren beseitigt worden ist, eine andere Auffassung für ihre Thätigkeit gar nicht übrig, als daß dieselbe auf einem Dienstverhältnisse zu dem Beklagten beruht habe. Damit ist nun freilich nicht auch schon entschieden, daß die Klägerin gegen einen dem Betrage nach nöthigenfalls richterlich zu bestimmenden Lohn gedient habe. Die Klägerin hatte die Kost beim Beklagten, es wurden ihr die nöthigen Miethgelder für ihre Wohnung vergütet — ihrer Angabe nach nur mit Ausnahme des ersten Halbjahres und des letzten Vierteljahres — und sie erhielt für sonstige Bedürfnisse von Zeit zu Zeit noch

weitere kleine Geldbeträge bis zur Summe von 120 ℔. Das Verhältniß zwischen Beiden konnte unter diesen Umständen recht wohl ein solches sein, wie es im Patronats-Erkenntnisse aufgefaßt und unter Geschwistern leicht denkbar ist, daß nämlich die Klägerin für die von ihr geleisteten Dienste ihren gesammten nothwendigen Unterhalt beim Beklagten finden und so die beiderseitige Leistung ohne eine specielle Abrechnung sich in Bausch und Bogen compensiren sollte. Es war daher Sache der Klägerin, aus den Umständen darzuthun, daß sie der beiderseitigen Intention gemäß um Lohn gedient habe.

In der Paritionsschrift vom 10. November 1852 hat sie nun zwar specielle Beweismittel hiefür nicht namhaft gemacht; sie hat sich aber nicht nur wegen ihrer Dienstthätigkeit auf die früher über die angebliche Societät erstatteten Zeugen-Aussagen, sondern auch im Allgemeinen auf „den in den Acten enthaltenen Beweis" berufen, so daß es keinem Bedenken unterliegen konnte, alle in den Vorverhandlungen, namentlich bei der gedachten Zeugenbeweisführung zu den Acten gebrachten Beweismomente für die jetzige Streitfrage mit zu benutzen. Hiernach spricht aber Folgendes entscheidend zu Gunsten der Klägerin:

1) Der Umstand, daß sie vor dem ersten Eintritt in das Haus des Beklagten (im Jahre 1840) als Lohnarbeiterin ihren Unterhalt erworben hat, wie der Beklagte sowohl in der Exceptionsschrift als im jetzigen Appellationslibell einräumt.

2) Die Art der von ihr in dem hier fraglichen Zeitraum (1844 bis 1851) dem Beklagten geleisteten Dienste. Der Beklagte giebt selbst in der Exceptionsschrift an, sie habe gleich ihm für das Hutmachergeschäft nach Kräften gearbeitet, und bezeichnete nicht nur den Ladenverkauf, die Einholung von Arbeit, die Eincassirung von Geldern rc. als Gegenstände ihrer Thätigkeit,

Patron. Acten [13] p. 15,

sondern räumte später auch ein, daß sie an der Fabrikation der Hüte, durch „Chariren" derselben, Theil genommen habe.

[20] p. 17.

Daraus geht hervor, daß die Dienste der Klägerin ganz oder doch vorwiegend dem Gewerbe des Beklagten gewidmet waren, und bei solchen kann selbst unter Geschwistern nicht, wie bei häuslichen Diensten, ein blos familiäres Verhältniß, sondern im Zweifel nur ein Dienen um Lohn vorausgesetzt werden, was hier überdies noch dadurch unterstützt wird, daß die Klägerin nicht im Hause des Beklagten wohnte, vielmehr nach dem Zugeständniß des Beklagten ihre Wohnung immer selbstständig miethete und nur das Geld dazu von ihm empfing. Durch die Art der Dienstleistungen wird im Wesentlichen auch der Zweifel beseitigt, welcher gegen das Gewicht des Umstandes unter 1) deshalb erhoben werden könnte, weil die Klägerin einräumt, vom November 1840 bis zum Mai 1843 als Haushälterin bei ihrem Bruder unentgeltlich gedient zu haben

Replik p. 4, 5 [19] p. 2.

Denn es steht

3) fest, daß der Beklagte sich im Mai 1843 wieder verheirathete und gerade hierauf die Klägerin das Haus des Beklagten verließ. Offenbar wurde hiedurch, selbst wenn damit kein völliges Ausscheiden aus dem Dienst des Beklagten verbunden gewesen sein sollte, eine wesentlich veränderte Stellung der Klägerin herbeigeführt und das frühere dem Hauswesen des Beklagten gewidmete Dienstverhältniß abgeschlossen. Es ist aber überdies sehr wahrscheinlich gemacht, daß die Klägerin von jenem Zeitpunkte an bis zum März 1844 nicht beim Beklagten gedient, sondern sich anderweitig unterhalten und bei verschiedenen Geschäftsherren um Lohn gearbeitet hat. Der Beklagte gesteht zu, daß sie längere und kürzere Zeit bei Laeiß, Scholvin, August Meyer gearbeitet und bei Wilhelmine Hüllmann den Hausstand geführt habe;

[20] p. 18

und daß alle diese Beschäftigungen in jene Zwischenzeit fielen, dafür sprechen einigermaaßen die betreffenden Zeugen-Aussagen, namentlich die der Wilhelmine Hüllmann über die Arbeit bei August Meyer. Entschieden aber ist dies

4) rücksichtlich der drei= bis vierwöchigen Arbeit bei Scholvin, indem dieselbe nach den übereinstimmenden Aussagen der Zeugen Leonhard, Friedrich Hüllmann und Auguste Altenburg zu Anfang des Jahres 1844 Statt hatte. Hierauf ist um so mehr Gewicht zu legen, als ganz kurz darauf dasjenige Dienstverhältniß beim Beklagten begann, worauf sich der jetzige Anspruch der Klägerin bezieht. Der Beklagte konnte unter diesen Umständen nicht anders annehmen, als daß die Klägerin von nun an auch bei ihm nur um Lohn dienen werde.

Zu dem Allen kommt endlich noch

5) das Zeugniß des Friedrich Hüllmann, daß der Beklagte die Klägerin von Scholvin weggeholt und dabei gegen den Zeugen geäußert habe, daß er sie für sein Geschäft gegen einen Wochenlohn von 6 ß und Essen und Trinken engagirt habe. Die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen ist durch das von ihm bemerkte Verhältniß zu seinem Bruder (dem Beklagten) nur wenig geschwächt, und wenn auch seine Angabe über einen accordirten Lohnbetrag hier nicht in Betracht kommt, so behält das Zeugniß doch dafür, daß die Klägerin zu dem Beklagten überhaupt in ein Lohndienst=Verhältniß eintrat, immer seine Erheblichkeit und ist wohl geeignet, die durch alle übrigen Umstände bereits erbrachte hohe Wahrscheinlichkeit bis zum vollen Beweise zu ergänzen.

Dem steht auch nicht entgegen, daß die Klägerin vom Beklagten im Laufe ihrer Dienstzeit zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse wiederholt kleine Geldbeträge, zusammen 120 ß, annahm; denn daraus, daß der Beklagte diesen Zahlungen den Namen Taschengeld beilegt, dessen sich die Klägerin später der Kürze halber auch einige Male bedient hat, kann gegen sie keine Folgerung gezogen werden; nach ihrer Darstellung in der Replik erhielt sie solche Geldbeträge, wenn sie es gerade dringend nöthig hatte, und danach durfte sie dieselben als Abschlagszahlungen auf ihren Lohn ansehen. Noch unerheblicher ist, daß die Klägerin die Einforderung ihres Lohnes bis zum Austritt aus dem Dienst verzögerte, indem

dieser Umstand höchstens gegen das Bestehen eines fest accordirten Wochenlohns ein Indicium hätte abgeben können.

Bei der Grundlosigkeit beider Beschwerden war der Beklagte in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

№ 11.

In Sachen **F. C. Schäuffler** Wwe. cum. cur. ad litem, Klägerin (Anwald Herr **Dr. H. A. Feldmann**) contra **Friedrich Christian Voigts'** Erben, namentlich 1) **J. F. W. Buck** und **H. F. C. Schuster** tut. noie **Adele** und **Wilhelm Voigts**, 2) **Louis Knop** uxor. noie **Mathilde**, geb. **Voigts** und 3) **Joh. Heinrich Voigts**, Beklagte. (Anwald Herr **Dr. L. F. Noack**.)

A. Rechtsfall:

Es wurde gegen die Beklagten als Erben des F. C. Voigts eine durch Cession erworbene Obligationsforderung geltend gemacht, deren Echtheit und Rechtsgiltigkeit aus verschiedenen Gründen bestritten ward, wogegen aber die Klägerin behauptete, der beklagtische Erblasser habe ihr wiederholt Zinsen auf diese Obligation entrichtet. Die Prätur verurtheilte die Klägerin zum Beweise dieser letzteren Behauptung. Das Obergericht fand nach stattgehabter polizeilicher Untersuchung, daß die aus solcher Zinszahlung hergenommene Präsumtion die gegen klägerische Legitimation erhobenen Bedenken nicht zu beseitigen vermöchten, und verurtheilte die Klägerin außerdem, die Echtheit der eingeklagten Obligation nebst Cession, sowie die Valutazahlung jener, also ihren vollständigen Klagegrund, zu erweisen, was auch die dritte Instanz bestätigte.

B. Rechtssätze:

1) Wenn es auf die Frage ankommt: welchen Einfluß eine mehrjährige Zinszahlung in Beziehung auf das Bestehen oder den Beweis einer Capitalschuld habe, so hängt die Beantwortung derselben von den jedesmaligen besondern Umständen ab.
2) Die Zinszahlung ist im Verhältniß zu der Capitalschuld, worauf sie sich bezieht, ein Act der Anerkennung, ein durch die That bekundetes außergerichtliches Geständniß; doch wird damit in Bezug auf die Capitalschuld und fernere Zinsen keine Verpflichtung übernommen.

3) Bei allen Handlungen, aus denen eine Schlußfolgerung zu ziehen ist, daß der Schuldner die Zinsen nicht bezahlt haben würde, wenn er nicht vom Bestehen der Hauptobligation überzeugt gewesen wäre, läßt sich immer nur nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmen, in welchem Grade sie auf die richterliche Ueberzeugung zu wirken geeignet seien, wobei der Zinszahlung an sich keine stärkere Beweiskraft innewohnt.
4) Durch Zinszahlung wird nie eine Hauptobligation begründet und steht dagegen dem Zahlenden der Beweis frei, daß er indebite gezahlt habe.
5) Soll aus den Handlungen eines Schuldners, die eine Anerkennung der Schuld bekunden, auf das Dasein dieser geschlossen werden, so kommt es wesentlich darauf an, ob man dem Handelnden das volle Bewußtsein der Thatsachen, wodurch die Schuld begründet wurde, zutrauen kann.
6) Sprechen besondere Umstände dafür, daß der Schuldner sich über jene Thatsachen geirrt haben könne, so wird die Beweiskraft der Schlußfolgerung um so mehr geschwächt, je näher die Möglichkeit des Irrthums liegt.
7) Man kann von einem debitor cessus nicht voraussetzen, daß er die Legitimation des Cessionar's vor einer Zinszahlung an ihn stets erst vollständig untersucht haben werde.

Erkenntniß der Ersten Prätur
vom 2. Juni 1854.

Da Beklagte die Echtheit nicht nur der eingeklagten Verschreibung, sondern auch der darauf befindlichen Cession geläugnet, überdies die Gültigkeit der letzteren, als von einer Ehefrau sine curatore marito ausgestellt, bestritten, endlich die Einrede der lex anastasiana, der Verjährung und der durch Novation erfolgten Zahlung opponirt haben, alle diese, an und für sich sehr relevante Obmotionen aber nicht in Betracht zu ziehen sein würden, wenn Klägerin zu erweisen vermöchte:

daß der beklagtische Erblasser ihr wirklich im December 1849, 1850 und 1851 jedesmal 48 ℔ als Zinsen auf die eingeklagte Obligationsschuld bezahlt habe;

daß, wegen alles übrigen partibus eventualiter competentia vorbehältlich, Klägerin den vornormirten Beweis in termino sub poena contum. salva reprobatione zu führen schuldig sei.

Der Anwald der Klägerin ist derselben zum curator ad litem zu bestellen.

Obergerichtliches Decret
vom 28. Juli 1854.

Daß, unter Aussetzung der Decretur in supplicatorio das Civilverfahren einstweilen zu sistiren, die Sache vielmehr nach Maaßgabe der zweiten supplicantischen Beschwerde zur Untersuchung zu verweisen, Beklagte, Supplicanten des Endes an den Wohlweisen Ersten Polizeiherrn zu verweisen et comm.

Obergerichtliches Decret
vom 8. Sept. 1854.

Ad denuo lectas suppl. et ad relat. aus den polizeilichen Untersuchungs = Acten rc.

Daß die Untersuchung für jetzt auf sich beruhen zu lassen, die Untersuchungs=Acten den Acten erster Instanz beizufügen, auch beiden Partheien die Inspection derselben und deren Benutzung im Fortgange des Verfahrens unbenommen zu lassen, in der Sache selbst aber: da, namentlich in Berücksichtigung der aus den Untersuchungs = Acten hervorgehenden Umstände die aus der nachzuweisenden Zinszahlung des beklagtischen Erblassers zu entnehmenden Präsumtionen zur Beseitigung der aufgestellten, den Legitimationspunkt der Klägerin betreffenden Einreden nicht genügen:

daß das conclusum praetoriale a quo vom 2. Juni dieses Jahres dahin resp. zu confirmiren und abzuändern: daß der Klägerin neben dem ihr durch dasselbe nachgelassenen Beweise auch der Beweis der Echtheit der Unterschrift des verstorbenen Friedrich Christian Voigts, sowie der

Echtheit der Unterschrift der darauf enthaltenen Cession und der Nachweis des Belaufes der dafür bezahlten Valuta aufzuerlegen, auch dieselbe in termino, unter dem Präjudiz der Entbindung der Beklagten von der Instanz, eine Caution für die Kosten und Fortsetzung des Prozesses bis zum Belaufe von 60 ℔ zu bestellen schuldig, den Beklagten aber neben den directen Gegenbeweisen auch der Beweis nachzulassen:

daß die eingeklagte Obligationsforderung durch die der Cedentin Quasimodogeniti 1818 in dem in der Spitalerstraße belegenen Erbe des beklagtischen Erblassers zugeschriebenen Spec.-Bco.℔ 1000 gänzlich getilgt worden.

Acta sind Erster Prätur zu remittiren et comm.

et detur copia hujus decreti dem Wohlweisen Ersten Polizeiherrn ad notitiam.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 17. April 1856.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 8ten September 1854, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an die Prätur zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

A. Die Appellabilität der vorliegenden Sache konnte keinem Zweifel unterliegen. Die Klage geht allerdings nur auf 48 ℔ Zinsen für das Jahr 1852. Allein da die Beklagten das Bestehen einer Capitalschuld ebensowohl, als die Zinsverbindlichkeit von einer solchen gänzlich bestritten haben,

und alle weiteren Verhandlungen der Partheien sich vorzugsweise um das Bestehen oder Nichtbestehen der Capitalschuld drehen und den geltend gemachten Zinsanspruch als hievon abhängig darstellen, so ist die gesammte Capital- und Zinsen-Forderung zum Gegenstand des Rechtsstreites geworden, und wenn auch formell die künftige Verurtheilung oder Abweisung sich auf den libellirten Zinsbetrag zu beschränken hat, so wird doch damit für die implicite darin liegende Entscheidung über die gesammte Capital- und Zinsschuld — insofern letztere nicht etwa aus einem bloß auf sie beschränkten Grunde abgewiesen werden sollte — ebenfalls Rechtskraft unter den Partheien herbeigeführt, was einer näheren Begründung deshalb nicht bedarf, weil beide Partheien, die Beklagte schon in der Exceptionsschrift und dann im Supplicationslibell voriger Instanz, die Klägerin bei Einwendung und Einführung ihrer jetzigen Appellation, übereinstimmend erklärt haben, die Sache habe sich durch die beklagtische Vertheidigung in einen Streit über die Capitalschuld (von 1190 ℔) verwandelt, und sich somit jener Erstreckung der Rechtskraft selbst unterworfen haben.

B. So viel die Sache selbst betrifft, so hing der Erfolg der aufgestellten alleinigen Beschwerde, welche auf Wiederherstellung des Erkenntnisses erster Instanz gerichtet ist, lediglich von Beantwortung der Rechtsfrage ab, welcher Einfluß einer mehrjährigen Zinszahlung in Beziehung auf das Bestehen oder den Beweis einer Capitalschuld beizulegen sei. Die weitere Frage, welchen Einfluß eine solche Zinszahlung bei ausgemachter Existenz einer Capitalschuld hinsichtlich der ferneren Verzinsungspflicht habe, kommt hier deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagten sich bei dem Erkenntniß des Obergerichtes beruhigt haben, dieses aber die Durchsetzung des Zinsenanspruchs der Klägerin nur von der Existenz der Capitalschuld und von der Thatsache der Verzinsung in den drei Jahren 1849 bis 1851 abhängig gemacht, diese Thatsache also als einen Entstehungs- oder entscheidenden Beweisgrund der Zinsverbindlichkeit bereits anerkannt hat.

I. Ueber jene erstere Rechtsfrage nun geht die früher am

meisten verbreitete, aber auch noch von einzelnen neueren Schriftstellern vertretene, Ansicht dahin, daß aus längerer Zeit fortgesetzter Zinszahlung eine Rechtsvermuthung für die entsprechende Capitalschuld entstehe, welche nur durch den Gegenbeweis, daß eine Haupt-Obligation nicht existire oder die Zinszahlung ohne animus obligandi z. B. aus Irrthum geleistet worden sei, entkräftet werden könne.

Mevius decis. II. dec. 318, 362.
Brunnemann comm. in Pand. ad l. 6 de usuris n. 8 sq.
Glück Comment. Bd. 21, S. 74 flg.
Herm. Keller über die rechtliche Bedeutung des Factums langjähriger Zinszahlung. In Sell's Jahrbüchern Bd. 3, (1844) S. 218—220.

Andere nehmen dagegen an, daß es von den jedesmaligen besonderen Umständen abhänge, welcher Werth einer mehrjährigen Zinszahlung für den Beweis der Capitalschuld beizulegen sei,

Gesterding Irrthümer I. S. 6,
Unterholzner Verjährungslehre II. S. 298—300,
Sintenis pract. Civilrecht Bd. II. § 87 not. 4,
Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855, S. 73, 166 not. 6 S. 179,

eine Ansicht, welche auch bei den Schriftstellern vorauszusetzen ist, welche sich darauf beschränken, die Annahme einer rechtlichen Präsumtion zu verwerfen, wie

v. Wening, Lehrb. III., § 7,
Müller, civilist. Abhandl., Gießen 1833, S. 233,

und denen nach

Seuffert, Archiv II. Nr. 268 und not. 1 das.

auch die Ober-Appellationsgerichte zu Darmstadt und Cassel beipflichten.

Dieser zweiten Ansicht war aber unbedenklich der Vorzug zu geben. Die Zinszahlung ist im Verhältniß zu der Capitalschuld, worauf sie sich bezieht, unbezweifelt ein Act der Anerkennung, ein durch die That bekundetes außergerichtliches

Geständniß, aber auch nicht mehr. Nur so weit es zur wirklichen Vermögensübertragung gekommen ist, also in Bezug auf die geleisteten Zinsbeträge, liegt darin eine bindende Rechtsveränderung. In Beziehung auf die übrigen Bestandtheile der Obligation, also auf die ferneren Zinsen und die Capitalschuld selbst, wird damit keine Verpflichtung übernommen,

l. 7 C, de usuris (4, 32),

l. 28 C, de pactis (2, 3),

sondern läßt sich nur von einer Schlußfolgerung reden, daß der Schuldner die Zinsen nicht bezahlt haben würde, wenn er nicht von dem Bestehen der Haupt-Obligation selbst überzeugt gewesen wäre, wie ein Gleiches auch durch andere Handlungen, z. B. eine Abschlagszahlung, Fristbitte ꝛc. bekundet werden kann. Bei allen solchen Handlungen läßt sich immer nur nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmen, in welchem Grade sie auf die richterliche Ueberzeugung zu wirken geeignet seien. Die Zinszahlung trägt in dieser Beziehung nichts Eigenthümliches an sich, weshalb ihr allgemein eine stärkere Beweiskraft beigelegt werden müßte. Um an sie eine rechtliche Präsumtion zu knüpfen, bedurfte es daher einer sehr bestimmten gesetzlichen Vorschrift. An einer solchen fehlt es aber. Die einzige Stelle, auf welche man sich hiefür mit einigem Schein beruft, ist

l. 6 § 1 D, de usuris (22, 1).

Sieht man aber auch von der Ansicht einiger Ausleger ab, welche darin die Zinszahlung nur als Motiv zu einer administrativen Verfügung berücksichtigt finden, so enthält die Stelle doch jedenfalls nichts weiter, als die Entscheidung eines concreten Falles, und zwar eines solchen, in welchem unverkennbar nicht die Existenz der Hauptschuld an sich in Frage stand, sondern die Zinszahlung entweder nur einen Zweifel darüber, ob der Zahlende die Schuld als eine ihn treffende anerkannt habe, oder noch wahrscheinlicher nur einen Zweifel über die Größe der Schuld beseitigt hatte. Eine allgemeine Rechtsvermuthung, für welche es einer genauen Begrenzung der factischen Voraussetzungen, z. B. auch hinsichtlich der Zeit-

dauer bedurft hätte, läßt sich daher aus der Stelle nicht herleiten. Noch weniger ist dazu der Eingang derselben Stelle geeignet, auf welchen sich einige Schriftsteller ebenfalls berufen haben. Denn auch hier wird nur ein einzelner Fall entschieden, und überdies handelte es sich daselbst, nach der richtigeren Auslegung, nur um die Feststellung der Zinsverbindlichkeit von einem unstreitigen Capital.

II. Wendet man sich von diesem Ergebniß zur Beurtheilung des vorliegenden Falles, so stellt sich die Beschwerde der Klägerin als unbegründet dar.

1) Wenn die Klägerin den Beklagten nicht einmal den ihnen nachgelassenen Beweis der Novations-Einrede gestattet wissen will, so war dies, schon ganz abgesehen von der obigen Streitfrage, offenbar verwerflich, da durch Zinszahlung, wie bereits erwähnt, in keinem Fall eine Haupt-Obligation begründet wird, dem Zahlenden also nicht versagt werden kann, die vorausgesetzte Hauptschuld als ein indebitum nachzuweisen.

2) Läßt sich aus der behaupteten Zinszahlung nur eine, je nach den Umständen stärkere oder schwächere, factische Vermuthung für die Hauptschuld herleiten, so folgt von selbst, daß der Klägerin der Beweis aller zum Klaggrunde gehörigen Thatsachen auferlegt werden mußte. Selbst wenn die fragliche Zinszahlung den Richter von der Richtigkeit der Hauptschuld bis zum Gegenbeweise zu überzeugen geeignet wäre, müßte es schon wegen der richtigen Parthei-Stellung im Beweisverfahren vorgezogen werden, bei der processualischen Regel des Erkennens auf Beweis und Gegenbeweis stehen zu bleiben, und dem Beweisführer zu überlassen, ob er es für ausreichend erachte, sich lediglich auf die beigebrachte Vermuthung zu stützen. Dies gilt nur um so mehr, wenn, wie hier, die factische Grundlage der Vermuthung noch nicht einmal constatirt ist, also nur die Möglichkeit vorliegt, dieselbe nachzuweisen und damit eines anderweiten directen Beweises überhoben zu werden.

Es läßt sich aber auch nach den Umständen des vorliegenden Falles keineswegs behaupten, daß die dreijährige Zins-

zahlung, wenn constatirt, zu einem vollen Beweise der Hauptschuld genügen würde. Wenn aus den Handlungen eines Schuldners, die eine Anerkennung der Schuld bekunden, auf das Dasein der letzteren selbst geschlossen werden soll, so kommt es wesentlich darauf an, ob man dem Handelnden das volle Bewußtsein der Thatsachen, wodurch die Schuld begründet wurde, zutrauen kann. In sehr vielen Fällen wird hieran gar kein Zweifel obwalten; wo aber besondere Umstände dafür sprechen, daß der Schuldner sich über jene Thatsachen leicht im Irrthum befunden haben **kann**, da muß die Beweiskraft der Schlußfolgerung sich um so mehr schwächen, je näher die Möglichkeit des Irrthums liegt. Daraus ergiebt sich, daß namentlich hinsichtlich der hier in Frage stehenden Cession, sowohl des Cessionsactes selbst als der Bezahlung der Cessions-Valuta, der stillschweigenden Anerkennung des beklagtischen Erblassers verhältnißmäßig kein großes Gewicht beigelegt werden kann, indem es sich dabei für ihn um fremde Facta handelte, und von dem debitor cessus nicht vorausgesetzt werden kann, daß er die Legitimation des Cessionars vor einer Zinszahlung an ihn stets erst vollständig untersucht haben werde, es vielmehr gar nichts Ungewöhnliches ist, daß er sich mit dem Cessionar im Vertrauen auf dessen einseitige Angaben, etwa nach Production der Schuldurkunde, einläßt,

vgl. **Bähr** a. a. O. S. 178—180.

Dazu kommt, daß in der polizeilichen Untersuchung bereits einige Zweifel an der Echtheit der Cession erregt worden sind, und die Klägerin eingeräumt hat, für die Cession nicht den vollen Nominalbetrag des Schuldscheins bezahlt zu haben. Weit bedeutender ist allerdings der Werth der Schlußfolgerung in Beziehung auf die Echtheit des ursprünglichen Schuldscheins. Jedoch kommt auch hier in Betracht, daß zur Zeit der ersten Zinszahlung, im Jahre 1849, nach den eigenen Angaben der Klägerin, über zehn Jahre verlaufen waren, ohne daß der Schuldschein in irgend einer Weise geltend gemacht worden war, und daß die Ausstellung desselben, wie die Eintragung des Hypothekpostens von Sp.ℛ 1000 sogar

auf mehr als 30 Jahre und die Tilgung des letzteren auf 19 Jahre zurückfiel, so daß die Möglichkeit eines Irrthums über die Echtheit des nach so langer Zeit zum Vorschein gebrachten Schuldscheines und über dessen etwaigen Zusammenhang mit dem getilgten Hypothekposten ebenfalls nicht sehr fern liegt.

Sonach blieb nichts übrig, als der Klägerin den Beweis ihres vollen Klaggrundes aufzulegen, wobei es ihr selbstverständlich unbenommen bleibt, von der Schlußfolgerung aus der Zinszahlung den geeigneten Gebrauch in der Beweis-Instanz zu machen.

№ 12.

In Sachen **Dr. Steinhagen** mand. noie **Margaretha Maas** in Ahrensboeck, Klägers contra **Dr. Lazarus** mand. noie **J. L. Meyer & Co.** als General-Agenten der K. K. allgemeinen Versicherungs-Gesellschaft in Triest, Beklagten. (Namen der Anwälde wie in rubro.)

Bei Gelegenheit einer in Folge stattgehabten Brandes gegen die beklagtische Versicherungs-Gesellschaft angestellten Klage auf Zahlung der Versicherungssumme, dessen sich die beklagtische Parthei weigerte, kamen folgende Rechtssätze zur gerichtlichen Erwägung:

1) Die Pflicht eines Versicherten, binnen drei Tagen eine Abschrift seines dem Versicherer zugestellten Berichtes bei der Ortsbehörde nieder zu legen und in vierzehn Tagen ein Attest der Behörde über Ursprung und Umfang des Unglücks beizubringen, kann nicht auf solche Fälle erstreckt werden, wo die Behörde schon eine Untersuchung ex officio gleich nach dem Brande eingeleitet, und überdies der Agent der Versicherungs-Gesellschaft am Platze anwesend und vom Brande gehörig unterrichtet ist.
2) Die Weisung an den Versicherten, die Richtigkeit seiner Angaben durch Beibringung von Lager- oder Wirthschaftsbüchern darzuthun, kann sich nur auf die außergerichtliche Nachweisung des erlittenen Schadens durch die einfachsten und für den Versicherer überzeugendsten Mittel beziehen.

3) Sie darf aber nicht dahin ausgelegt werden, daß, wenn solche Bücher nicht vorhanden, oder verbraunt, oder verloren wären, dem Versicherten die Benutzung jeder andern allgemeinen zulässigen und stringenteren Art der Beweisführung im Voraus abgeschnitten wäre.

4) Der Auftraggeber muß für die Folgen der Wissenschaft und der bösen Absicht seines Bevollmächtigten dem Dritten gegenüber aufkommen.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 31. August 1855.

Da von den der klägerischen Assecuranz-Forderung opponirten Einreden die auf den Art. 7 der allgemeinen Versicherung-Bedingungen gestützte als unerheblich erscheint, weil die Pflicht des Versicherten, binnen 3 Tagen eine Abschrift seines dem Versicherer zugestellten Berichtes bei der Ortsbehörde niederzulegen, und in 14 Tagen ein Attest der Behörde über den Ursprung und Umfang des Unglücks beizubringen, nicht auch auf die Fälle erstreckt werden kann, wenn eine Untersuchung von der Behörde schon ex officio gleich nach dem Brande eingeleitet, überdies der Agent der Gesellschaft am Platze anwesend, und von dem Brande, an welchem die Klägerin nicht einmal unmittelbar betheiligt war, gehörig unterrichtet ist; — da die im Art. 10 der Bedingungen enthaltene Weisung an den Versicherten, die Richtigkeit seiner Angaben durch Beibringung von Lager- oder Wirthschafts-Büchern darzuthun, sich nur auf die außergerichtliche Nachweisung des erlittenen Schadens durch die einfachsten und für den Versicherer überzeugendsten Mittel beziehen kann, nicht aber dahin ausgelegt werden darf, daß, wenn solche Bücher nicht vorhanden, oder wenn die vorhanden gewesenen verbrannt oder verloren waren, und überhaupt im gerichtlichen Justificationsverfahren dem Versicherten die Benutzung jeder anderen, allgemein zulässigen und stringenteren Art der Beweisführung im Voraus abgeschnitten sein sollte; — da ferner die Einrede aus Art. 8 der Bedingungen, welcher den Ver-

sicherten an die Pflicht erinnert, bei einem Unglück zur Rettung der versicherten Gegenstände alle thunlichen Mittel anzuwenden, nicht genügend substantiirt worden, indem Beklagter nicht zu behaupten vermogt hat, daß die Klägerin sich einer ihr dargebotenen rechtzeitigen Hülfe widersetzt, oder daß sie selbst die Sachen, anstatt dieselben entweder in Sicherheit zu bringen oder an ihrem Platze zu lassen, aus dem Hause geworfen und dadurch ihren Verlust muthwillig verschuldet habe, wogegen sie für das eigenmächtige Verfahren anderer Personen nicht ohne Weiteres verantwortlich sein kann, es auch hinlänglich indicirt war, wenn sie die Wegschaffung der Gegenstände aus dem gefährdeten Hause, dessen Dach bereits Feuer fing, sich ungehindert gefallen ließ; — da hiergegen nach Art. 19 der Bedingungen jede falsche Angabe des Versicherten, wodurch die Ansicht von der Gefahr geändert oder der versicherte Gegenstand anders dargestellt würde, die Ungültigkeit der Versicherung zur Folge hat; da in dieser Beziehung aus der Vergleichung der Anlagen 3 bis 6 ad exceptiones constirt, daß, nach Angabe des Versicherten, das Haus und der Stall mit Ziegeln auf Kalk oder nur ein kleiner Theil mit Ziegeln auf Strohdach gedeckt sein sollte, wogegen das Dach des Stalles in Strohwiepen lag, und ebenso das Dach des Hauses, von welchem nur das eine Kröpel-Ende in Kalk lag; daß ferner das südlich belegene Schlütersche Haus, in welchem Tischlerhandwerk betrieben wurde, von dem versicherten Gebäude als um 12 Fuß entfernt angegeben wurde, während es von diesem vorn nur 10 Fuß, hinten nur 8½ Fuß entfernt stand; daß auch auf die Frage, ob in einer Entfernung innerhalb 60 Fuß Stroh-, Rohr- oder Holzdächer befindlich seien, mit Nein geantwortet ist, wogegen das mit Strohdach gedeckte Haus von Peterich vorn 53 Fuß, hinten 49 Fuß entfernt war; — da diese Differenzen zwischen der Angabe in dem Versicherungs-Antrage und dem wirklichen Thatbestande in ihrer Gesammtheit die Grenze einer entschuldbaren oder bedeutungslosen Ungenauigkeit überschreiten, und als eine auf die Ansicht von der zu übernehmenden Gefahr

influirende Unrichtigkeit beurtheilt werden müssen, deren rechtliche Folge auch weder durch den Umstand, daß die unrichtigen Angaben schon von dem Bruder der Klägerin als ursprünglich vor der Uebertragung auf sie Versichertem gemacht waren, noch durch die Berufung der Klägerin darauf, daß der zur Einleitung der Versicherung bevollmächtigte Agent die Richtigkeit der gemachten Angaben durch Untersuchung und Nachmessung zu controlliren im Stande gewesen sein würde, beseitigt werden kann; — da es hiernach auf die Justification der klägerischen Forderung und auf eine Entscheidung über die Einrede der Plußpetition bei dieser Sachlage nicht ankommt;

daß, nach Maaßgabe des Art. 19 der allgemeinen Versicherungs-Bedingungen mand. noie Kläger mit der von ihm erhobenen Klage abzuweisen, die Prozeßkosten jedoch zu compensiren seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 9. November 1855.

Daß die beklagtischen wider das Niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 31. August dieses Jahres aufgestellten Beschwerden, und zwar auch so viel die Einrede der dolosen Uebersetzung des Schadens anbetrifft, da eine solche bisher keinesweges vorliegt, und dem mand. noie Beklagten darüber bei dem Vorbehalte der Entscheidung über die Einrede der Pluspetition überall noch nichts aberkannt worden, als grundlos zu verwerfen,

dagegen aber, die klägerische Appellation anlangend, da zwar mit dem Niedergerichtlichen Erkenntnisse angenommen werden muß, daß die unrichtigen Angaben über die Dachdeckung und über die Entfernungen des klägerischen Hauses von dem Nachbarhause u. s. w. so erheblich sind, um an sich die Ungültigkeit der ursprünglichen Versicherung, mithin auch der Uebertragung derselben auf die Klägerin herbeizuführen, dennoch und selbst abgesehen von der klägerischen Behauptung,

daß der Agent Burmeister um diese unrichtigen Angaben gewußt und sie gutgeheißen habe (was dadurch in hohem Grade wahrscheinlich wird, daß sämmtliche Antragszettel — Anlagen 3 bis 5 ad exceptiones — von derselben Handschrift herzurühren scheinen, als die Unterschrift jenes Agenten, wie denn auch die im Jahre 1853 erfolgte theilweise Abänderung der früheren Angabe über die Beschaffenheit des Daches fast nothwendig auf die Annahme leitet, daß solche Abänderung mit Wissen und Willen des Agenten geschah), da der erwähnte Agent unbestrittenermaaßen zu Ahrensboeck wohnte, mithin, zumal bei der Leichtigkeit der Controlle an einem so kleinen Orte, ohne grobe Fahrlässigkeit, oder selbst ohne dolus nicht unterlassen durfte, sich von der Richtigkeit der klägerischen Angaben zu überzeugen, mand. noie Beklagter auch insoweit für seinen Agenten unstreitig verantwortlich ist, zumal da laut Anlage B zur Klage die Versicherung im vorliegenden Falle sogar durch diesen Agenten geschlossen zu sein scheint;

daß das gedachte Erkenntniß dahin abzuändern: daß die Einrede der falschen Angaben über die klägerischen Gebäude und deren Entfernung von den nachbarlichen Baulichkeiten und über die Beschaffenheit dieser letzteren ebenfalls zu verwerfen, und die Sache zur Entscheidung über die Justification der klägerischen Forderung und über die Einrede der Pluspetition, unter Compensation der im Obergerichte aufgelaufenen Kosten, mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Niedergericht zu remittiren.

Sollten jedoch die Partheien annoch zur Güte geneigt sein, so wird, diesem Erkenntnisse unbeschadet, eine Commission auf Ihre Wohlweisheiten Herrn Präses Hudtwalcker, Dr. und Herrn Lutteroth-Legat verfügt.

Ober=Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 28. April 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 9. November vorigen Jahres wieder aufzuheben und das Niedergerichts=Urtheil vom 31. August vorigen Jahres wieder herzustellen sei.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz werden verglichen, und wird die Sache nunmehr an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

In einem von dem Bruder der Klägerin am 16. October 1852 an die Allgemeine Versicherungs=Gesellschaft zu Triest, deren General=Agenten in Hamburg die Beklagten sind, gerichteten Versicherungs=Prolongations=Antrag auf Mobilien und Waaren war von solchem, unter Mitunterschrift des Special=Agenten der Gesellschaft zu Ahrensboeck, Burmeister, in Betreff des Hauses und Stalles, in welchem sich die zu versichernden Gegenstände befänden, unter Anderem Folgendes angegeben worden:

1) Das Haus und der Stall seien mit Ziegeln auf Kalk gedeckt — eine Angabe, welche in dem ferneren Prolongations=Antrage vom 6. October 1853 also modificirt ist, daß bemerkt ward, „ein kleiner Theil (der Gebäude) sei mit Ziegeln auf Stroh gedeckt."

2) Die Entfernung des südlich angrenzenden Gebäudes betrage 12 Fuß.

3) In einer Entfernung von 60 Fuß von den Gebäuden befänden sich keine Stroh=, Rohr= oder Holz=Dächer.

Diese Angaben sind am 2. August 1854 von den obrigkeitlich bestätigten Taxatoren bei ihrem geleisteten Eide für unrichtig erklärt worden. Und zwar:

ad 1) dahin, das Haus sei mit einem in Wiepen gelegten Dache versehen, nur das eine Kröpelende des Daches liege in Kalk, das Dach des Stalles liege ganz in Wiepen;

ad 2) die Entfernung des gedachten Gebäudes betrage vorne 10 Fuß, hinten $8\frac{1}{2}$ Fuß;

ad 3) das Haus, in welchem das Feuer ausgebrochen sei, habe ein Strohdach gehabt, und sei vorne 53, hinten 49 Fuß von dem versicherten Hause entfernt gewesen.

Wenn nun durch die insofern gleichförmigen Erkenntnisse des Niedergerichts vom 31. August und des Obergerichts vom 9. November v. Js. festgestellt worden ist:

a) daß die Klägerin verpflichtet sei, die aus den erwähnten unrichtigen Angaben für den Bestand der Versicherung hervorgehenden Folgen wider sich gelten zu lassen, da dieselbe in Folge Antrags vom 18. Februar 1854 unterm 20sten desselben auf Klägerin übertragen worden ist, ohne daß eine Verbesserung jener Unrichtigkeiten stattgefunden hätte;

b) daß durch solche auf Grund des Art. 19 der Bedingungen der Versicherungs-Vertrag vernichtet werde;

so kommt es für die gegenwärtige Beurtheilung darauf an, ob die von der Klägerin zur Abwendung der aus Art. 19 wider sie hervorgehenden Folgen geltend gemachte Replik begründet sei, welche dahin geht, der in Ahrensboek als Agent der Gesellschaft ohne alle Beschränkung aufgetretene Burmeister habe von gedachten Unrichtigkeiten nicht bloß Kenntniß gehabt, sondern habe sogar die Veranlassung gegeben zu jenen unrichtigen, von dem Agenten selbst herrührenden Angaben, durch welche derselbe einen niedrigeren Prämiensatz habe herbeiführen lassen und den Rücktritt der Versicherten von der von dem Agenten vertretenen Gesellschaft habe verhüten wollen. Es konnte jedoch die gedachte Replik nicht für juristisch haltbar erachtet werden. Zwar unterliegt es keinem Zweifel, daß der Auftrag für die Folgen der Wissenschaft und der bösen Absicht seines Bevollmächtigten dem dritten Contrahenten gegenüber aufzukommen verpflichtet ist.

Vangerow Pand. Bd. 3, A. 6, § 608, S. 319, 320.

Es konnte jedoch nicht angenommen werden, daß Burmeister für den Abschluß des vorliegenden Versicherungs-Vertrages als Bevollmächtigter der Gesellschaft anzusehen sei. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich daraus, daß die prolongirte Police vom 7. October 1853, in welcher die Worte per Burmeister nicht darauf hinweisen, daß der erste Versicherungs-Vertrag durch diesen abgeschlossen, sondern nur, daß er durch ihn vermittelt sei, nicht von Burmeister, sondern von J. L. Meyer & Co. vollzogen worden ist, auch die Uebertragung der Police vom 20. Februar 1854, nebst den bei solchen gemachten Modificationen der ursprünglichen Angaben ausdrücklich von gedachter General-Agentschaft genehmigt worden sind. Die Befugniß des Agenten Burmeister ging also nicht dahin, auf Grund der Declaration den Vertrag abzuschließen, sondern nur dahin, die betreffenden Notizen entgegenzunehmen und mit seinen Bemerkungen begleitet der zum Contractabschluß allein berechtigten Beklagten einzusenden. Burmeister war also in dieser Beziehung nur Gehülfe des Contrahenten und nicht selbst Contrahent. Diese Stellung desselben mußte dem Versicherten durch eine Anschauung der oberwähnten Documente klar geworden sein, und jedenfalls hat sich derselbe es selbst zuzuschreiben, wenn er sich nicht von dem Umfang der Bevollmächtigung durch Einsicht der Instruction ins Klare setzte, aus welcher — [6] d. O.-A.-Ger.-Act. verb: „und wiewohl die Versicherung „bis" Angaben zu sorgen" — sich die Richtigkeit obiger Auffassung ohne Weiteres ergiebt. Es bleibt daher der Versicherten nur übrig, insofern sie die obgedachten Behauptungen, daß ihr Bruder durch Burmeister zu den in Rede stehenden Unrichtigkeiten verleitet sei, wahr machen könnte, ihren Regreß an diesen zu nehmen. Die erste Beschwerde der Beklagten war mithin für begründet zu erachten. Die zweite eventuelle Beschwerde fällt hiemit hinweg.

Die Kosten anlangend, so ist deren durchgängige Vergleichung in Betreff der ersten Instanz durch zwei conforme Erkenntnisse und durch deren Wechsel in Ansehung der folgenden Instanzen gerechtfertigt.

№ 13.

In Sachen Dr. S. Albrecht mand. noie J. C. Klestrup in Arroëskjöping, Klägers (und Anwalds) contra Salomon & Berend Roosen, Beklagte. (Anwald Herr Dr. C. Petersen.)

A. Rechtsfall.

Der Kläger verlangte von den Beklagten die Zahlung eines von ihnen auf diese abgegebenen Wechsels von 1200 ℔ Bco.; die Beklagten weigerten dies, ungeachtet sie ein paar Tage nach ihrer gemachten Anzeige der Abgabe der Tratte dem Trassanten Hinrichsen gemeldet hatten, sie würden die Abgaben des Klägers prompt honoriren, und sie die Anzeige des Klägers selbst, daß er auf sie abgegeben, längere Zeit unbeantwortet gelassen.

Das Handelsgericht verurtheilte die Beklagten zur Zahlung. Das Obergericht wies den Kläger ab, unter Kostencompensation, die dritte Instanz wies den Kläger an, zu beweisen, daß ihm aus der vom Beklagten unterlassenen Einsendung eines Protestes Mangels Annahme des fraglichen Wechsels ein Schaden erwachsen sei.

B. Rechtssätze:

1) Daraus, daß die allgemeine Wechselordnung nur aus dem auf dem Wechsel selbst geleisteten Accepte wechselmäßigen Anspruch gegen den Trassaten gewährt, folgt keineswegs, daß eine anderweit abseiten des Trassaten ertheilte Zusage, den Wechselbelauf auf Verfall schuldig sein zu wollen, ohne Rechtsverbindlichkeit sei und keinen in ordinario geltend zu machenden Anspruch gewähre.

2) Steht der Empfänger einer Rimesse mit dem diese Sendenden in laufender Rechnung und Geschäftsverbindung, und jener sendet die Rimesse nicht sofort nach Empfang zurück, so ist anzunehmen, daß der Empfänger mit der auf ihn geschehenen Indossirung einverstanden und die ihm als Indossatar wechselrechtlich obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen bereit ist.

3) Ist der Empfänger oder Trassat in einem solchen Falle zugleich Indossatar, indem der noch laufende Wechsel an ihn indossirt wird,

so muß er die mit jeder dieser beiden Stellungen verbundenen Pflichten erfüllen.

4) Auf das Verhältniß des Trassaten zu den Remittenten oder Wechselinteressenten ist es ohne Einfluß, wenn jener dem Trassanten die Zusage gemacht hätte, den Wechsel honoriren zu wollen, und erwirbt nur der Trassant selbst Rechte aus dieser Zusage.

5) Diese Rechte werden nur durch förmliche Cession abseiten des Trassanten an Remittenten oder Wechselinteressenten auf letztere übertragen, nicht aber schon dadurch, daß der Trassant den Remittenten von jener Zusage in Kenntniß gesetzt hatte.

6) Der Indossatar eines Wechsels ist nicht in der Lage, vor Verfall desselben irgend eine Thätigkeit auszuüben, auch nicht den Wechsel zur Annahme zu präsentiren, noch den Umstand zu constatiren, ob für den Wechsel das Accept schon jetzt zu erlangen sei, oder nicht.

7) Der Trassat ist bis zum Verfall des Wechsels zu keiner Thätigkeit in Bezug auf denselben verbunden, nicht einmal zu einer bestimmten Erklärung über Accept oder Nichtaccept, wenngleich die Ablehnung jeglicher Erklärung in ihren Folgen einer Accept-Verweigerung gleichgestellt wird.

8) Wenn ein Remittent seinem am Wohnorte der Trassaten befindlichen Geschäftsfreund, welchem er einen Wechsel durch Indossament überträgt, mit der sofortigen Präsentation zum Accept beauftragt, so macht der Indossatar sich durch Nichtberücksichtigung jener ihm zugekommenen Aufforderung wegen eines hieraus entstehenden Schadens verantwortlich.

9) Unter kaufmännischen Geschäftsverbundenen ist eine prompte und ausreichende briefliche Benachrichtigung besonders dann nothwendig, wenn der Eingang brieflicher Mittheilungen und deren Inhalt von Erheblichkeit für das fernere Verhalten desjenigen gewesen wäre, dem die Mittheilung hätte gemacht werden müssen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer)
vom 12. Februar 1855.

Daß die klägerische Prozeß-Legitimation durch die beigebrachte beglaubigte Vollmacht d. d. Arroeskjöping 29sten November 1854 für berichtigt zu erachten,

und in der Sache selbst:

da zwar nur eine, gemäß § 21 der Allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung, auf dem Wechsel selbst geschehene Accep-

tation wechselmäßigen Anspruch gegen den Trassaten begründen kann,

hieraus jedoch keineswegs folgt, daß eine anderweit abseiten des Trassaten ertheilte Zusage, den Wechselbelauf auf Verfall schuldig sein zu wollen, überhaupt ohne Rechtsverbindlichkeit sei, also auch demjenigen, welchem sie ertheilt wurde, keinen in ordinario geltend zu machenden Anspruch gewähre,

nun aber allerdings daraus, daß die Beklagten den klägerischen Brief vom 27. September (Anlage 1) in welchem ihnen, unter Einsendung des libellirten Wechsels, geschrieben wurde:

„Einliegend bin ich wieder so frei, Bco.₰ 1200 — Last Sie Selbst à 3 Monat dato einzuschicken, die Sie gef. anerkennen und in mein Credit buchen wollen"

bis zum 17. October unbeantwortet ließen, ein stillschweigend erklärtes Einverständniß des Beklagten zu entnehmen ist,

was auch um so unbedenklicher geschehen darf, als die Beklagten bereits am 29. September (Anlage 5) dem Trassanten pure meldeten, daß sie seine Abgaben von zusammen Bco.₰ 2300, worunter unbestritten die vorliegende Tratte von Bco.₰ 1200 prompt honoriren würde,

daß Beklagte gegen klägerische Auslieferung des Wechsels (Anlage 2) die libellirten Bco.₰ 1200 sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb acht Tage sub poena executionis dem mand. noie Kläger zu bezahlen schuldig.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 30. März 1855.

Da nach Maaßgabe § 19 der Allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung und in Ermangelung einer, den Beklagten von dem klägerischen Mandanten desfalls auferlegten besonderen Pflicht, den Beklagten keine Verbindlichkeit oblag, den hier fraglichen Wechsel zur Annahme zu präsentiren; demnach auch aus dem Umstande, daß die Beklagten den klägerischen Brief vom

27. September, mit welchem der libellirte Wechsel eingesendet wurde, bis zum 17. October unbeantwortet ließen, den Beklagten ein Rechtsnachtheil nicht erwachsen kann;

da übrigens der klägerische Mandant aus der, Seitens der Beklagten dem Trassanten ertheilten Zusage, die Tratte honoriren zu wollen, keine Rechte für sich ableiten kann;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 12ten Februar dieses Jahres wieder aufzuheben und der mand. noie Kläger mit seiner Klage abzuweisen ist, die Prozeßkosten jedoch zu compensiren sind.

Und ist die Sache solchergestalt mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 29. April 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 30sten März 1855, wie hiemit geschieht, dahin abzuändern sei, daß der Kläger, salva reprobatione, den, innerhalb einer vom Handelsgerichte anzuberaumenden Frist, sub poena desertionis anzutretenden Beweis zu führen habe,

daß ihm dadurch, daß die Beklagten nicht alsbald, und zwar spätestens am dritten Tage nach Empfang seines Schreibens vom 27. September 1854,

Handelsger. Act. [4]

Protest Mangels Annahme in Betreff des Wechsels von Bco.ℳ 1200

Handelsger. Act. [5]

eingesendet haben, ein Schaden zum Betrage von Bco.ℳ 1200, oder wie viel weniger, verursacht worden sei.

Und wird nunmehr die Sache, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, an das Handelsgericht zum weiteren Verfahren zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Mit beiden früheren Instanzen mußte davon ausgegangen werden, daß eine wechselmäßige Verpflichtung des Beklagten zur Honorirung des bei der Klage vorgelegten Wechsels von Bco.ℳ 1200 nicht vorhanden sei. Dies liegt nach der bestimmten Vorschrift des Art. 21 der W. O. außer Zweifel.

Es kommt demnach auf die von dem Handelsgerichte dahin aufgestellte andere Frage an, ob eine an sich verbindliche, wenn gleich nicht wechselmäßig ertheilte Zusage der Beklagten vorliege, den Wechselbelauf auf Verfall schuldig sein zu wollen, eventualiter auf die weitere Frage, ob die Beklagten sich durch ihr Verhalten in Beziehung zum Kläger schadensersatzpflichtig gemacht haben.

Die erste dieser Fragen war mit dem Obergerichte zu verneinen, die zweite zu bejahen.

Der Kläger stützt sich zur Begründung der in Rede stehenden beklagtischen Verpflichtung auf die beiden Umstände, daß die Beklagten dem Trassanten des fraglichen Wechsels, Hinrichsen, am 29. September geschrieben haben, „sie würden die Ziehung prompt honoriren," und daß dieselben sein, des Klägers, Schreiben vom 27. September, worin er sie in Betreff der beigefügten Rimesse der Bco.ℳ 1200 aufgefordert hatte,

„dieselbe anzuerkennen und in sein Credit zu buchen"

bis zum 17. October unbeantwortet gelassen, und dann erst die Nichthonorirung des Wechsels gemeldet haben.

Festzuhalten ist hier zuförderst, daß die Beklagten, insofern sie dem Kläger den Wechsel nicht alsbald nach dessen Empfang zurückschickten, die auf sie geschehene Indossirung genehmigt haben, sie es sich also gefallen lassen müssen, daß die Verbindlichkeiten von Indossataren als ihnen obliegend angenommen werden. Die Beklagten standen nämlich mit dem Kläger in Geschäftsverbindung und laufender Rechnung; unter solchen Umständen darf aber aus dem stillschweigenden Behalten einer Rimesse abgeleitet werden, daß der Empfänger

derselben mit der auf ihn geschehenen Indossirung einverstanden und die ihm als Indossatar wechselrechtlich obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen bereit ist. Hiemit steht auch der Inhalt des beklagtischen Schreibens vom 17. October 1854 in Uebereinstimmung.

Zufolge des Vorbemerkten vereinigten sich in der Person der Beklagten die beiden Eigenschaften der Indossatare und der Trassaten des in Rede stehenden Wechsels, und dieselben hatten mithin die mit jeder dieser beiden Stellungen verbundenen Pflichten zu erfüllen. Daß sich dies in einem Falle, wenn ein noch laufender Wechsel an den Trassaten indossirt wird, rechtlich so verhält, unterliegt keinem Zweifel,

Archiv für das H. R. I. S. 321

ist auch schon früher vom Ober-Appellationsgerichte ausgesprochen worden. Die neue W. O. hat hieran, wie insbesondere aus Art. 10 erhellt, Nichts geändert.

Beurtheilt man die vorliegende Sache vom Standpunkte der vorstehend angegebenen Auffassung, so ist es klar, daß

1) die erste der oben aufgestellten Fragen anlangend, von den Beklagten keine Verbindlichkeit zu Honorirung des Wechsels übernommen worden ist, und daß sie eben so wenig einer sie verantwortlich machenden Unterlassung wechselrechtlicher Verpflichtungen sich schuldig gemacht haben.

Es ist nämlich

a) ohne allen Einfluß auf das Verhältniß der Beklagten zu dem Kläger, als Remittenten und Wechsel-Interessenten, daß dieselben dem Trassanten die Honorirung des Wechsels zugesagt hatten. Hier liegt nur eine gegen einen Dritten übernommene Verbindlichkeit vor, aus welcher nur Dieser Rechte geltend zu machen befugt ist. Hieran würde im vorliegenden Falle auch dadurch Nichts geändert worden sein, wenn, wie der Kläger behauptet, der Trassant Hinrichsen ihm die beklagtische Honorirungszusage gezeigt haben sollte. Nur eine Cession des Rechtes aus jener Zusage hätte von Erheblichkeit sein können. Allein eine Cession ist erstens vom Kläger nicht behauptet worden, und zweitens wäre der Letztere

durch dieselbe aus der Stellung des Wechsel-Inhabers herausgetreten und hätte sich den aus der Person des Trassanten abzuleitenden Einreden ausgesetzt, was im vorliegenden Falle, da, wie der Kläger nicht bestreitet, die Beklagten mehr als Bco.ℳ 1200 an Hinrichsen zu fordern haben, das cedirte Recht erfolglos gemacht haben würde.

Wenn der Kläger hiebei aus jenem, dem Trassanten von Seiten der Beklagten ertheilten Versprechen noch ableitet, die Letzteren hätten jedenfalls die Absicht gehabt, den Wechsel zu honoriren, so kann dies nur als völlig irrelevant bezeichnet werden.

Was sodann

b) die Stellung der Beklagten als Indossatare des fraglichen Wechsels anlangt, so unterliegt es nach den Art. 18 und 19 der W. O. keinem Zweifel, daß dieselben — abgesehen von sonstigen auf ihnen etwa ruhenden Verpflichtungen — nicht in der Lage waren, vor Verfall irgend eine Thätigkeit ausüben, insbesondere den Wechsel zur Annahme präsentiren, also hier den Umstand, ob für den Wechsel das Accept schon jetzt zu erlangen sei oder nicht, constatiren zu müssen. Durch jene Bestimmungen der W. O. ist dem in Betreff dieses Punktes abweisenden älteren Hamb. Wechselrechte derogirt worden.

Insofern endlich

c) die Stellung der Beklagten als Trassaten in Betracht gezogen wird, so ruhte auf ihnen, als solchen, keine im Wechselrechte begründete Verpflichtung. Der Trassat ist bis zum Verfall zu keiner Thätigkeit verbunden, nicht einmal zu einer bestimmten Erklärung über Accept oder Nicht-Accept, wenngleich selbstverständlich die Ablehnung jeglicher Erklärung in ihren Folgen einer Accepts-Verweigerung gleichgestellt wird.

Zu einem von dem bisherigen Ergebnisse abweichenden Resultate führt

2) die Erwägung des zwischen dem Kläger und den Beklagten bestehenden, nicht ausschließlich dem Wechselrechte angehörenden Verhältnisses.

Hier kommt es nämlich in Betracht, daß, wie schon oben bemerkt worden, die Partheien in laufender Geschäftsverbindung mit einander standen, daß folglich zwischen ihnen die ordentlicherweise Correspondenten und Geschäftsverbundenen obliegenden Verbindlichkeiten in Betreff der geschäftlichen Verhandlungen zu erfüllen waren. Insofern nun der Kläger den Beklagten bei der Rimesse der Bco.℔ 1200 schrieb, er ersuche dieselben,

„den Wechsel anerkennen und in sein (des Klägers) Credit stellen zu wollen,"

so sprach er, wie in Berücksichtigung des Umstandes, daß die Beklagten zugleich Trassaten waren, also sich in der Lage befanden, eine Erklärung über den bezeichneten Punkt abgeben zu können, nicht verkannt werden kann, das Verlangen aus, daß die Anerkennung oder Nicht-Anerkennung des Wechsels in Gewißheit gebracht werde. Der vorliegende Fall steht demnach im Wesentlichen demjenigen gleich, wenn ein Remittent seinem am Wohnorte der Trassaten befindlichen Geschäftsfreunde, welchem er einen Wechsel durch Indossament überträgt, mit der sofortigen Präsentation zum Accept beauftragt. Und, wie in einem Falle der letztgedachten Art der Indossatar sich durch Nichtberücksichtigung jener ihm zugekommenen Aufforderung wegen eines hieraus entstehenden Schadens verantwortlich machen würde, so muß ein Gleiches in der vorliegenden Sache in Beziehung auf das Unthätigbleiben der Beklagten von der Zeit des Empfanges des Schreibens vom 27. September an bis zum 17. October angenommen werden. Daß der Kläger ein Interesse haben könne und selbst muthmaaßlich haben werde, den in Rede stehenden Punkt in Gewißheit gebracht zu sehen, und über denselben benachrichtigt zu werden, war nicht zu verkennen. Denn wurde der Wechsel nicht honorirt, so hatte der Kläger das Recht und unter Umständen das Interesse, gegen den Trassanten auf Sicherstellung zu dringen, oder, wenn er Creditor desselben war, den Versuch zu machen, andere Deckung für sein gefährdetes Guthaben zu erlangen. Hier finden mithin dieselben Grundsätze

Anwendung, welche das Ober-Appellationsgericht wiederholend in Betreff der Nothwendigkeit prompter und ausreichender brieflicher Benachrichtigung unter kaufmännischen Geschäftsverbundenen insbesondere für den Fall zur Anwendung gebracht hat, wenn der Eingang brieflicher Mittheilungen und deren Inhalt von Erheblichkeit für das fernere Verhalten desjenigen gewesen wäre, dem die Mittheilung hätte gemacht werden müssen;

vergl. z. B. Erk. in S. Behrens Söhne c. Aberg 18. Juli 1855.

So wenig nun auch die vorstehende Argumentation darauf hinführen kann, wie vom Handelsgerichte geschehen, den Wechsel als acceptirt, oder doch eine Zusage der Honorirung desselben als ertheilt anzunehmen, so muß doch auf Grund derselben eine civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten für den Nachtheil anerkannt werden, welcher für den Kläger daraus hervorgegangen sein möchte, daß er über das nicht sofortige Gesichertsein der Honorirung nicht rechtzeitig und in gehöriger Weise benachrichtigt worden ist; wie denn auch der Kläger beantragt hat, hierauf eventualiter zu erkennen.

Bei der demgemäß dem Kläger zu machenden Beweisauflage kam es noch in Frage, wie bald nach dem Empfange des Schreibens vom 27. Septbr. die Beklagten dem Kläger Nachricht von der Ungewißheit der Honorirung des Wechsels hätten geben und Protest einsenden müssen. Im Allgemeinen hängt es in Fällen der vorliegenden Art von einer Berücksichtigung der Umstände ab, ob die erforderliche Benachrichtigung ungesäumt, also umgehend, zu beschaffen oder ob eine fernere Frist, und zwar eine wie lange, zu gewähren ist. In der vorliegenden Sache war unbedenklich nach Anleitung der Art. 45 und 41 der W. O., welche die Benachrichtigung der Vormänner des Inhabers über die nicht erfolgte Zahlung eines Wechsels als noch am dritten Tage nach dem Verfalltage zeitig genug geschehend bezeichnen, eine dreitägige Frist als den Umständen nach für nicht zu weit bestimmt zu achten.

№ 14.

In Sachen **Carl Christoph Dickhuth**, Klägers (Anwald Herr **Dr. W. L. Heise**) contra **C. J. H. Meyer**, Beklagten. (Anwald Herr **Dr. J. D. Alph. Trittau.**)

A. Rechtsfall:

Der Kläger hatte eine Schadensklage gegen den Beklagten angestellt, auf Grund einer angeblich von diesem der minderjährigen Tochter Jenes angethanen unzüchtigen Betastung. Nach stattgehabter polizeilicher Untersuchung, die für die Schuldfrage des Beklagten ein entscheidendes Resultat nicht ergeben hatte, ward die Civilklage erhoben, in welcher das Niedergericht den versuchten Beweis des Klagegrundes für verfehlt erklärte und dem Kläger anheim gab, ob und wie er sich noch der Eidesdelation bedienen wolle. Das Obergericht verfügte, unter Aufhebung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, die Zulassung der klägerischen Tochter zum suppletorium nach erfolgter Confirmation, so wie daß Kläger und dessen Ehefrau einen Glaubenseid zu leisten hätten. Dawider appellirte der Beklagte, aber das Ober-Appellationsgericht bestätigte einfach das Erkenntniß des Obergerichtes.

B. Rechtssatz:

Die Beweiskraft eines in einer Criminalsache abgelegten an sich glaubwürdigen Geständnisses kann nur durch Beweis, mindestens Bescheinigung solcher Umstände wieder aufgehoben werden, deren Vorhandensein Ersteres von Anfang an ungültig gemacht haben würde.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 8. December 1854.

Da aus den Aussagen der vernommenen beiden Aerzte jedenfalls nur so viel hervorgeht, daß dieselben, obwohl sie die Möglichkeit einer anderen Entstehungsart zugeben, die Ueberzeugung theilen, daß die fraglichen Verletzungen an der

Brust und den Genitalien der klägerischen Tochter durch eine von irgend einer dritten Person gegen dieselbe verübte Gewaltthat entstanden seien, und daß sie es für sehr wahrscheinlich halten, daß diese, von ihnen erst am 7ten und beziehungsweise am 10. Juni 1852, untersuchten Verletzungen dem Kinde, wie dasselbe behauptet hat, am 5. Juni und zwar gleichzeitig beigebracht worden seien, — da ferner die Aussagen der dritten und vierten und des zweiten Zeugen zwar dafür sprechen, daß die klägerische Tochter vor dem 5. Juni an den fraglichen Verletzungen nicht gelitten habe, keiner der klägerischen Zeugen aber darüber, daß Beklagter deren Urheber gewesen sei, aus eigener Wissenschaft Mittheilungen hat machen können, indem sie vielmehr ihre desfallsigen Vermuthungen nur aus den Aussagen dritter Personen und des Kindes selbst geschöpft haben, — da somit diese Zeugen-Aussagen ohne den Hinzutritt anderer Beweismittel für den zu erbringenden Beweis keinerlei rechtlichen Werth haben, —

da für diesen Beweis aber auch die polizeilichen Untersuchungs-Acten keine näheren Anhaltspunkte gewähren, indem einmal dasjenige, was Beklagter dort eingeräumt hat (wie bereits in den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellationsgerichtlichen Erkenntnisse vom 31. Januar 1854 namentlich pag. 8 bis 9 näher ausgeführt worden), für die hier angestellte Klage und den zur Begründung derselben zu erbringenden Beweis ohne Bedeutung ist, und indem ferner die Behauptungen der klägerischen unmündigen Tochter keinen Anspruch auf größere Glaubwürdigkeit haben können, als das bestimmte und beharrliche Läugnen derselben auf Seiten des sonst (vergl. Anlage E zur Einredenschrift) als durchaus unbescholten bekannten Beklagten, zumal weil die Möglichkeit unbestreitbar bleibt, daß die der klägerischen Tochter angeblich am 5. Juni beigebrachten, aber erst am 7. Juni zur näheren Anzeige gebrachten Verletzungen, wenn auch nicht durch eigene Schuld, doch durch die Verschuldung einer anderen dritten Person entstanden seien, —

da endlich auch die bei der Beweisantretung reservirten

wissenschaftlichen Begutachtungen durch höhere Medicinal-Collegien im günstigen Falle nur eine Bestätigung der Ueberzeugung der bereits vernommenen Aerzte, daß die klägerische Tochter die Verletzungen sich nicht selbst beigebracht habe, herbeiführen könnte, dadurch aber für den Beweis der beklagtischen Thäterschaft nichts gewonnen werden würde, —

daß der dem Kläger obliegende Beweis bis auf die reservirte Eidesdelation für verfehlt zu erklären und Kläger falls er sich derselben noch bedienen will, mit seinen desfallsigen Anträgen innerhalb 14 Tagen, bei Strafe des Verlustes dieses Beweismittels, hervorzutreten schuldig sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 30. März 1855.

Da das Vorhandensein der zum Beweise verstellten Verletzungen an der Brust und an den Genitalien der klägerischen Tochter als durch die Aussagen der abgehörten Zeugen vollständig dargethan anzusehen ist,

da ferner, was die Thäterschaft des Beklagten in Bezug auf diese Verletzungen betrifft, die Darstellung der klägerischen Tochter und des Beklagten darin übereinstimmt, daß erstere am 5. Juni 1852 in den Laden des Beklagten gekommen sei und dieser mit ihr an einer verborgenen Stelle desselben eine Behandlung vorgenommen habe, welche jedenfalls eine auffallende und ungewöhnliche körperliche Annäherung an ein fremdes Kind weiblichen Geschlechts enthält, während jene Darstellung nur über die Art und Weise und die Ausdehnung dieses ungewöhnlichen Verfahrens von einander abweicht;

nun aber in letzterer Beziehung die Darstellung der klägerischen Tochter größeren Glauben verdient, insbesondere

weil der Beklagte eingeräumt hat, die klägerische Tochter aufgefordert zu haben, gegen ihre Mutter zu schweigen, was ganz unerklärlich erscheint nach dem Vorbringen des Beklagten, daß es sich auf die Ueberlassung einer Untertasse für einen

statt für zwei Schilling bezogen habe und nur erklärlich nach dem Vorbringen der klägerischen Tochter;

weil der Beklagte vor dem Polizei-Actuar Grisson eingeräumt hat, dieselbe von außen an die Genitalien gefaßt zu haben, ein Geständniß, für welches, unter Voraussetzung seiner Grundlosigkeit, jede vernünftige Ursache fehlen würde, so daß der später ohne alle Erklärung jenes früheren Eingeständnisses vorgenommene Widerruf für die richterliche Ueberzeugung keine Bedeutung finden kann,

weil endlich in den Acten nicht die mindeste thatsächliche Andeutung vorliegt, für eine sonstige Veranlassung der fraglichen Verletzungen der klägerischen Tochter, welche Verletzungen nach dem Gutachten der sachverständigen Zeugen ihr nur durch eine dritte Person zugefügt sein können, und deren Beschaffenheit bei der ärztlichen Untersuchung, der Zeit nach, mit ihrer Entstehung bei dem fraglichen Vorfall übereinstimmt, während nach den Aussagen der Beweiszeugen vor jenem Vorfall keine Spuren davon vorhanden waren,

da somit, wenn nach der ganzen Sachlage die Frage hier nur sein kann, ob hinsichtlich der Thäterschaft des Beklagten auf einen Ergänzungs- oder auf einen Reinigungs-Eid zu erkennen sei, allen vorkommenden Umständen nach das für die Beurtheilung dieser Frage wesentlich entscheidende richterliche Ermessen auf einen von der klägerischen Parthei abzuleistenden Ergänzungs-Eid führen muß, die klägerische Tochter auch ausweise ihres jetzt beigebrachten Taufscheins zur Zeit des fraglichen Vorfalles das dreizehnte Jahr beinahe vollendet hatte, und somit in einem Alter war, daß ihr die — ohnehin durch die Acten bestätigte — intellectuelle Fähigkeit, über die Art und Weise der von dem Beklagten nach ihrer Behauptung vorgenommenen Handlungen eine gehörige Wahrnehmung zu machen, beizulegen ist:

daß nunmehr der niedergerichtliche Bescheid vom 8. December vor. Jahres wieder aufzuheben und in einem nach wirklich erfolgter Confirmation der klägerischen Tochter anzusetzenden Termine:

1) die klägerische Tochter, Minna Dickhuth, sub poena recusati einen Ergänzung-Eid dahin:

daß Beklagter sie bei der fraglichen Gelegenheit so heftig an sich gezogen und gedrückt habe, daß ihr dadurch an der Brust heftige Schmerzen verursacht worden,

daß er ihr ferner unter die Kleider und zwischen die Beine gegriffen und dadurch Schmerzen verursacht habe;

2) der Kläger und dessen Ehefrau sub poena recusati einen Eid zur Bewahrheitung ihres guten Glaubens dahin:

daß ihnen keine Umstände bekannt seien, welche ihnen Veranlassung geben könnten in irgend einer Weise an der Wahrhaftigkeit der von ihrer Tochter Minna über die von dem Beklagten erduldete Mißhandlung abgegebene Erklärung, so wie darüber, daß diese Mißhandlung die alleinige Ursache der fraglichen Verletzungen ihrer Tochter an der Brust und an den Geschlechtstheilen gewesen sei, Zweifel zu hegen.

Die wieder zu versiegelnden Acten sind, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, zum demgemäßen weiteren Verfahren an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 29. April 1856.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 30sten März v. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei;

und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Dem Antrage des Beklagten auf Herstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses, welches den Beweis bis auf die vorbehaltene Eideshand für gänzlich verfehlt erklärt hat, war nicht zu deferiren.

A) Daß die Minna Dickhuth am 7. Juni 1852 diejenigen Verletzungen an den Genitalien und an der Brust gehabt habe, von welchen der Kläger behauptet, daß sie ihr am Nachmittage des 5. Juni vom Beklagten zugefügt seien, kann als vollständig erwiesen gelten. Denn

1) Dr. Mutzenbecher deponirt, daß er, am 6. Juni zu dem Kläger gerufen, am folgenden Tage die Brust und die Genitalien der Tochter untersucht und genau so befunden habe, wie sie in seinem Berichte, Anlage 3, zur Klage und resp. dem Befundschein des Polizeiarztes Dr. Mayer beschrieben seien.

Ad Art. prob. 5 und 8.

2) Dr. Mayer hat ebenfalls seinen ebengedachten, hinsichtlich der am 7. Juni bei der Tochter des Klägers vorgefundenen Verletzung der Genitalien, ausgestellten Befundschein als richtig bestätigt und deponirt ferner, daß er am 10. Juni auch die Brust des Kindes untersucht und dieselbe gerade so, wie es Dr. Mutzenbecher bezeugt, schmerzhaft und geschwollen gefunden habe.

Ad art. prob. 4 und 5.

B) Dafür aber, daß diese Verletzungen der Minna Dickhuth am Nachmittage des 5. Juni vom Beklagten zugefügt sind, liegen folgende Beweisgründe vor:

1) Der Besuch der Minna Dickhuth bei dem Beklagten trifft zusammen mit der wahrscheinlichen Entstehungszeit der Verletzungen der Ersteren:

a) Dr. Mutzenbecher sagt ganz bestimmt und giebt die Gründe dafür an, der Zustand, in dem sich die Genitalien bei der am 7. Juni vorgenommenen Untersuchung befunden, habe zu der von dem Mädchen angegebenen Zeit der Verletzungen

gepaßt, und er habe keinen Grund, die gleichzeitige Entstehung der Verletzungen der Brust zu bezweifeln.

Ad art. prob. 8 et interrog.

b) Dr. Mutzenbecher: Die Verletzungen müßten mindestens 24. Stunden vor seiner am 7. Juni vorgenommenen Untersuchung stattgefunden haben, weil die Verwundung damals (am 7ten) schon Reaction gemacht habe;

ad art. prob. 11

und er bezweifle nicht, daß die Verletzung der Brust und der Genitalien gleichzeitig geschehen sei.

Ad art. prob. 12.

c) Die Zeugin Gräfe deponirt, daß sie, obgleich sie die Minna Dickhuth aus- und angekleidet, vor dem 5. Juni die fraglichen Verletzungen nicht wahrgenommen, das Mädchen auch nicht darüber geklagt habe, daß vielmehr als Zeugin am 4. Juni im Hause des Klägers gewesen, die Tochter sich in jeder Beziehung wohl befunden habe, wogegen Zeugin nach dem 5. Juni durch Besichtigung der Brust von deren Verletzung sich überzeugt, und von der Mutter des Kindes auch vernommen, daß die Genitalien verletzt seien.

Test. 4 ad art. prob. 5 et interrog.

ad art. prob. 7 et int. 1 und 2.

Was ferner

2) die Entstehungsart der Verletzungen betrifft, so sprechen sich beide Sachverständige mit der Entschiedenheit, wie man sie in solchen Dingen nur verlangen kann, und unter Darlegung der Gründe, dahin aus, daß die Verletzungen von einer dritten Person herrühren mußten.

Test. 1 ad art. prob. 6 et interrog.

» 2 » » » 9 » »

» — » » » 10

und namentlich, bemerkt Dr. Mayer, die Verletzung der Genitalien deute an, daß ein Finger eine kurze Strecke weit eingeführt sei.

Nun hat aber

3) der Beklagte in der polizeilichen Untersuchung, so viel

a) die Verletzung der Brust betrifft, gestanden, daß, als er die Minna Dickhuth aufgehoben, er sie auf schmerzhafte Weise an sich gedrückt haben möge, und dies in der Confrontation mit dem Mädchen dahin wiederholt, er habe die Kleine so fest an sich gedrückt, daß der Druck auf ihre Brust ihr wohl schmerzhaft habe sein können.

Da es nun auch dem Beklagten in seinem Gegenbeweise nicht gelungen ist, irgend eine andere Ursache der am 7. Juni bei dem Mädchen vorgefundenen Quetschung der Brust nachzuweisen, so läßt es sich keinenfalls rechtfertigen, daß das Niedergericht den Beweis der Urheberschaft des Beklagten, so viel diesen Theil der Verletzungen betrifft, für ganz verfehlt erklärt hat.

Darf nun, so viel

b) die Verletzung der Genitalien anlangt, nach den obigen Zeugen-Aussagen unbedenklich davon ausgegangen werden, daß dieselbe mit der der Brust eine gleichzeitige Entstehung habe, so ist es schon hienach wahrscheinlich, daß auch jene von dem Beklagten herrühre, wie es ja auch ohnehin ein höchst auffallendes Zusammentreffen sein würde, wenn zwei Verletzungen, die beide, nach dem Zeugnisse der Aerzte, von einer dritten Person herrühren, an demselben Tage von zwei verschiedenen Personen zugefügt wären.

Der Verdacht, welcher schon dadurch gegen den Beklagten begründet ist, gewinnt aber noch an Stärke durch die weiteren von demselben in den Untersuchungs-Acten abgelegten Geständnisse.

α) In seinem ersten Verhöre hat er nur zugegeben, das Mädchen bei den Hüften in die Höhe gehoben zu haben. Als ihm am 14. Juni die Angaben der Minna Dickhuth vorgehalten wurden, mußte er schon mit dem weiteren Geständnisse hervortreten, sie bei der Gelegenheit auf schmerzhafte Weise an sich gedrückt zu haben.

Bei der nun erfolgenden Confrontation mit dem Mädchen konnte er zunächst nicht länger in Abrede stellen, ihr, als er sie um die Mitte des Leibes (in der Gegend der Ge-

schlechtstheile) angefaßt und in die Höhe gehoben, einen Kuß gegeben zu haben, und endlich, als das Mädchen genöthigt worden war, ihm ihre Aussage in allen Details zu wiederholen, erklärte er: er wolle einräumen, daß er die Kleine von Außen an die Geschlechtstheile gefaßt habe, aber an den bloßen Leib sei er derselben nicht gekommen.

Freilich hat er nun später nach geschlossener Untersuchung am 29. Juni vor dem Polizeiherrn erklärt, er sei unschuldig, eine Anfassung der Geschlechtstheile habe auch von Außen, das heißt durch die Kleider durch, nicht Statt gefunden; und so hat denn das Ober-Appellationsgericht bei seinem früheren Erkenntnisse, wo lediglich die vom Kläger in der Replik nachgeschobene, ausdrücklich auf nicht widerrufene Geständnisse des Beklagten gegründete Klage wegen Benehmens gegen die guten Sitten in Frage stand, jenes am 14. Juni abgelegte Geständniß, da es später zurückgenommen sei, als ein nicht zu berücksichtigendes bezeichnet.

Allein gegenwärtig, wo es sich fragt, in wie weit dasjenige, was der Beklagte in der Untersuchung gestanden hat, geeignet ist, den Verdacht zu begründen, daß er noch mehr gethan habe, als er einräumt, kommt es darauf an, ob denn der gar nicht einmal ausdrücklich, sondern nur factisch geschehene Widerruf nach der in den Acten enthaltenen Motivirung desselben geeignet sei, jenem Geständnisse die Beweiskraft zu entziehen, und dies hat das Obergericht mit Recht in Abrede gestellt.

Die Beweiskraft eines in einer Criminalsache abgelegten an sich glaubwürdigen Geständnisses, kann nur durch Beweis, mindestens Bescheinigung solcher Umstände wieder aufgehoben werden, deren Vorhandensein Ersteres von Anfang an ungültig gemacht haben würde.

C. C. C. Art. 57, 91.

Grolman Grunds. der Criminalrechtswissensch. § 445.

Heffter Lehrb. des Strafrechts § 622.

Nun hat der Beklagte, nachdem er früher hartnäckig dabei geblieben war, nur aus Kinderliebe mit der Kleinen gescherzt,

aber nicht die entfernteste Unschicklichkeit verübt zu haben, endlich so wie oben angegeben sich erklärt. Die Gültigkeit dieses Geständnisses läßt sich eben so wenig beanstanden, als es an sich unglaubwürdig erscheint.

Was der Beklagte, um es zu motiviren, daß am 14. Juni ein wahrheitswidriges Geständniß protocollirt sei, in seiner Supplik an den Senat,

Nied. Ger. Act. Nr. 12,

auf welche er in dieser Hinsicht in der gegenwärtigen Sache Bezug nimmt, vorgebracht hat, besteht aber nur darin, daß er sagt, er sei in dem Verhöre vom 14. Juni so lange gequält worden, bis er dem Actuar erklärt habe, er möge nur niederschreiben was er wolle, und nun sei obiges Geständniß protocollirt worden. Allein abgesehen davon, daß sonst mit Nichts indicirt ist, der Actuar habe ein Geständniß des Beklagten protocollirt, was dieser gar nicht abgelegt, ist diese ganze Darstellung offenbar actenwidrig. Denn erst in der nach dem Verhöre, wo der Beklagte gegen den Actuar in obiger Weise sich erklärte, stattgehabten Confrontation mit der Minna Dickhuth hat der Beklagte das fragliche Geständniß abgelegt. Da ihm nun überdies das Protocoll vorgelesen und von ihm genehmigt worden ist, so ist es ein eben so unstatthaftes Beginnen, die Wahrheit des Protocolls anfechten, als das protocollirte Geständniß für ein ihm abgezwungenes ausgeben zu wollen. Hienach ist der factische Widerruf dieses Geständnisses, als gar nicht zureichend motivirt, völlig bei Seite zu setzen.

β) Als in der vorläufigen Verhandlung vor dem Polizeiherrn die Minna Dickhuth angab, der Beklagte habe ihr gesagt, sie möge ihrer Mutter nichts (von dem was er mit ihr vorgenommen) erzählen, ward dies vom Beklagten schlechthin geläugnet.

In dem ersten mit ihm angestellten Verhöre dagegen mußte er zugeben, diese Worte geäußert zu haben, behauptete aber, dieselben hätten sich auf etwas anderes bezogen, indem er nämlich der Kleinen (welche ihrer nicht widersprochenen

Angabe nach nur eine Kindertasse kaufen sollte) gesagt habe, er wolle ihr eine solche Tasse, welche eigentlich 2 ß koste, für 1 ß geben, nur solle sie ihrer Mutter nichts davon sagen.

Untersuchungs-Acten Nr. 2.

Und auch in der Confrontation mit dem Mädchen gestand er, derselben Verschwiegenheit anempfohlen zu haben, aber nur in Betreff des wohlfeilen Verkaufs der Tasse,

ebendas. Nr. 4, p. 8, 9.

Wenn dies nun schon, so wie es dasteht, kaum begreiflich ist, da man nicht einsieht, warum die Mutter nicht wissen sollte, daß er die Tasse so billig abgelassen, so wird die Sache nach der näheren Erläuterung, welche ihr in dieser Instanz gegeben ist, noch schwerer zu erklären. Es sagt nämlich hier der Beklagte, er habe dem Mädchen deshalb Verschwiegenheit empfohlen, weil die Mutter früher ähnliche Tassen theurer von ihm gekauft und er nun gefürchtet habe, daß, wenn sie jetzt den billigen Preis erfahre, sie ungehalten werden würde, daß sie früher mehr Geld habe bezahlen müssen. Stand die Sache aber so, so war der billigere Preis der Mutter ja ipso facto offenbar, und der Beklagte konnte mithin gar nicht auf den Gedanken kommen, in dieser Hinsicht Verschwiegenheit zu empfehlen. Jene Aufforderung, der Mutter nichts davon zu sagen, deren der Beklagte geständig ist, muß also eine andere Beziehung gehabt haben, und da bleibt kaum eine andere übrig, als die von der Minna Dickhuth angegebene. Dann aber gewinnen auch ihre Aussagen über das, was der Beklagte an ihr verübt, an Glaubwürdigkeit.

Nach allem Diesen konnte von einer Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses nicht die Rede sein, sondern es fragte sich nur

II) ob auf suppletorium oder purgatorium zu erkennen sei.

Hier mußte nun

A) so viel die Verletzung der Brust betrifft, ein suppletorium jedenfalls gerechtfertigt erscheinen, indem, wenn der Kläger sich nicht bei dem vorigen Erkenntnisse beruhigt hätte,

sich viel dafür sagen ließe, in so weit den Beweis für vollständig geführt anzunehmen.

Allein auch

B) hinsichtlich der Verletzung der Genitalien mußte man sich mit dem Obergerichte für ein suppletorium entscheiden. Es handelt sich hier nämlich von Verletzungen der Geschlechtstheile, die einem noch nicht mannbaren Mädchen zugefügt und also sehr ungewöhnlicher Art sind. Liegt nun aus den obigen Geständnissen des Beklagten der Beweis gegen ihn vor, daß er das Mädchen auf unzüchtige Art angegriffen hat, so ist dadurch ein so dringender Verdacht gegen ihn begründet, daß er mehr noch als er zugiebt, an dem Mädchen verübt und ihr die erwiesenen Verletzungen zugefügt habe, daß er zum Reinigungseide nicht zugelassen werden kann. Und selbst, wenn der Verdacht nicht so stark, der Beweis des Klägers vielmehr nur bis zur Hälfte geführt zu erachten wäre, würden dennoch die Eide, welche das Obergericht für die klagende Parthei normirt hat, ungleich mehr geeignet erscheinen, dem Richter eine Ueberzeugung von der objectiven Wahrheit zu geben, als dies bei einem Reinigungseide des Beklagten der Fall sein würde.

Denn wenn gleich der Beklagte es eventualiter noch gerügt hat, daß der für die Minna Dickhuth normirte Eid nicht genau dem Beweisthema entspreche, so mußte doch die vom Obergerichte gewählte, der eigenen Behauptung des Mädchens völlig entsprechende Fassung des Eides für durchaus genügend erachtet werden, da, wenn derselbe so von ihr abgeleistet werden sollte, dadurch, in Verbindung mit dem erwiesenen Thatbestande der Verletzungen, die Thäterschaft des Beklagten in zureichende Gewißheit gesetzt wird.

№ 15.

In Sachen **Aug. Jos. Schön & Co.** als Rheder des Schiffes „Florentin," Capitain **E. J. B. Wichmann**, Kläger (Anwald Herr **Dr. H. A. R. Brandis**) contra **E. M. Schröder & Co.**, Beklagte. (Anwald Herr **Dr. E. A. Schröder.**)

A. Rechtsfall:

Die Klage ging auf eine Fracht, welche zum Theil bezahlt war, zum Theil verweigert wurde. In dieser von allen drei Instanzen verschieden beurtheilten Sache kam es wesentlich auf Interpretation gegebener Momente an, und ist daher kein besonders von einer Instanz zur Anwendung gebrachter Rechtssatz auszuzeichnen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 1. October 1855.

Da in der vorliegenden Chartepartie (Anlage 2) die Fracht für Caffee in Säcken oder Zucker in Kisten für jede eingenommene Tonne von 70 Arroben stipulirt ist,

die Bestimmung aber „und für andere etwa beigeladene Waaren Fracht für dieselben im Verhältniß nach den bestehenden Usanzen des Ladeplatzes" keine weitere als die — mit dem Wortlaute übereinstimmende — Bedeutung hat, daß für das Verhältniß anderer Waaren zu Caffee in Säcken oder Zucker in Kisten die Usanzen des Ladeplatzes maaßgebend sein sollten,

da sonach die Kläger mit Recht auch für das verladene Holz die contractliche Fracht nach eingenommenem Gewicht beanspruchen, und zwar nach dem — von den Beklagten concedirten — zu Bahia usanzmäßigem Verhältnisse von 80½ Arrob. Holz, 70 Arroben Zucker in Kisten,

das eingenommene Gewicht des verladenen Holzes aber in dem von den Abladern unterzeichneten Manifest (Anl. 3) auf 100 Tons angegeben ist, und es nicht darauf ankommt, ob eine wirkliche Wägung stattgefunden hat,

da ferner der Umstand, daß die Kläger früher in der Anlage B eine andere Frachtberechnung aufgestellt hatten, als relevant nicht erachtet werden kann, nachdem diese Frachtberechnung seiner Zeit von den Beklagten zurückgewiesen wurde,

wie denn auch die Beklagten eine eigentliche Einrede auf diesen Umstand nicht gründen,

> daß Beklagte die pro resto libellirten Bco.℔ 764 sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb dreimal 24 Stunden sub poena executionis den Klägern zu bezahlen schuldig.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 22. October 1855.

Da die Worte der Chartepartie:

> „und für andere etwa beigeladene Waaren Fracht für dieselben im Verhältniß nach den bestehenden Usanzen des Ladeplatzes"

nichts darüber entscheiden, ob diese Usanzen dahin gehen, daß, wenn die Fracht für die Hauptladung nach eingenommenem Gewicht bedungen ist, die verhältnißmäßige Fracht für alle beigeladenen Waaren auch unter Zugrundelegung des eingenommenen Gewichts zu ermitteln sei, da vielmehr in Beziehung auf das beigeladene Holz für das Gegentheil spricht, daß dieses Holz am Ladeplatz gar nicht gewogen ist, und das dafür im Manifest in runder Zahl unter der Bemerkung „hier angenommen" aufgeführte Gewicht nur Behufs Berechnung der Provision angesetzt erscheint;

Da partes über das Rechnungs-Verhältniß, Fracht für 80½ Arroben Holz gleich Fracht für 70 Arroben Caffee einig sind, als Gewicht des Holzes aber mit Sicherheit nur das-

jenige, welches sich hier durch wirkliches Wägen ergeben hat, der Berechnung der Fracht zu Grunde gelegt werden kann;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom ersten October dieses Jahres, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, dahin zu reformiren: daß Kläger mit ihrer Klage abzuweisen, sie wollten und könnten denn in termino praefigendo, den Beklagten Gegenbeweis et quaevis competentia vorbehältlich, erweisen:

daß, wenn in einer Chartepartie Fracht für Caffee und Zucker nach eingenommenem Gewicht und für andere etwa beigeladene Waaren Fracht im Verhältniß nach den bestehenden Usanzen des Ladeplatzes bedungen sei, diese Usanzen in Bahia dahin gehen, daß die Fracht für dort beigeladenes Jacaranda-Holz in der Art berechnet werde, daß das dort als eingenommen angenommene Gewicht, unter Annahme des Verhältnisses 80½ Arroben Holz gleich 70 Arroben Caffee zu Grunde gelegt werde.

Und ist die Sache, mit den wieder zu versiegelnden Acten, an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 29. April 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 22. October vorigen Jahres aufzuheben und Kläger, unter Vorbehalt des Gegenbeweises für Beklagte, binnen einer von dem Handelsgerichte anzuberaumenden Frist, bei Strafe der Desertion, schuldig seien, zu beweisen:

das in Rede stehende Holz habe bei der Verladung in Bahia unter Zugrundelegung des Verhältnisses von 80½ zu 70 Arrobas 100 Tons, oder wie viel weniger, ausgetragen;

worauf in der Sache selbst und der Kosten erster Instanz halber weiter erginge was Rechtens.

Die Kosten dieser und der vorigen Instanz werden verglichen, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Beschwerden der Kläger darüber, daß nicht das erste Erkenntniß unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten der Appellations-Instanz bestätigt worden sei, und eventuell, wiewohl ohne rechtliche Ausführung, darüber, daß nicht die Beklagten für beweispflichtig erklärt worden, konnten nur in so weit für begründet erachtet werden, daß der im vorigen Urtheile den Klägern auferlegte Beweis aufgehoben und der aus dem gegenwärtigen Urtheile ersichtliche Beweis des Klagfundaments den Klägern auferlegt werden mußte.

Der Inhalt des Klagfundaments hängt ab von dem Verständniß der unter den Partheien am 7. August 1854 abgeschlossenen Charteparite und insonderheit der in Nr. 3 enthaltenen Worte: „...die Befrachter sind verbunden, zu bezahlen. . für jede eingenommene Ton von 70 Arroben Netto an Caffee in Säcken oder Zucker in Kisten... £ 4.10sh.... alles mit 5 pCt. Primage, und für andere etwa beigeladene Waaren Fracht für dieselben nach den bestehenden Usanzen des Ladeplatzes." Es fragt sich nämlich, ob die Worte „eingenommene Ton" nur auf Caffee und Zucker, oder ob dieselben auch auf andere den Inhalt der Ladung bildende Güter zu beziehen sind. Nun vermeinen zwar die Beklagten theils, die Worte „im Verhältniß" sollten das von Zucker zu den beigeladenen Waaren, in concreto das zu Rosenholz, mithin, nach der zu Bahia gültigen, in [11] enthaltenen Reductionstabelle, das Verhältniß von 70 zu $80\frac{1}{2}$ Arrobas andeuten, daneben aber durch die Worte „nach den bestehenden Usanzen des Ladeplatzes" bezeichnet werden, es komme bei der Berechnung nicht auf das Gewicht des eingeladenen, sondern auf das des ausgeladenen Holzes an; theils, in den Worten

„Fracht für dieselben“ liege, daß das Wort „eingenommen“ sich nur auf die zu Anfang genannten Caffee und Zucker habe beziehen, während für alle übrigen Güter die Usanzen in Bahia zur Norm hätten dienen sollen. Es ist jedoch, wie die Kläger mit Recht hiegegen einwenden, mit den Regeln der Auslegung nicht zu vereinigen, daß der Inhalt des ersten Satzes nur theilweise zur Erklärung des letzten benutzt werde, daß man dort das für Normativartikel fixirte Frachtquantum als maaßgebend für sämmtliche sonstigen Güter betrachte, das für die Frachtberechnung nicht minder bedeutende Wort „eingenommen“ aber auf Caffee und Zucker beschränke. Auch steht es damit nicht in Einklang, wenn von den Beklagten selbst für alle übrigen Güter, mit alleiniger Ausnahme des Rosenholzes, in Gemäßheit des ersten Satzes, das in Bahia eingenommene Gewicht zur Grundlage für die Frachtberechnung genommen worden ist, und Beklagte nur für diesen einzigen Artikel eine Ausnahme gemacht wissen wollen. Vielmehr war mit dem Handelsgerichte anzunehmen, die Usanzen in Bahia seien nur für das Verhältniß der anderen Waaren zu den normativen Artikeln in Bezug genommen und das Wort „eingenommen“ enthalte den Ausdruck des Partheiwillens für die gesammte Ladung.

Sind hienach die Beklagten verpflichtet, auch in Betreff des Rosenholzes die bedungene Fracht nach dem eingenommenen Gewichte zu bezahlen, so fragt es sich ferner, ob die Behauptung der Kläger, gedachtes Gewicht betrage 100 Tons, bereits erwiesen sei, indem alsdann die Beklagten, welche nur nach dem ausgelieferten Gewichte für 180,686 Pfund Fracht bezahlt haben, verurtheilt werden müßten, die Differenz zwischen der geleisteten Zahlung und dem Frachtsatz für 100 Tons, mit Bco.℔ 764 den Klägern zu bezahlen. — In der Beurtheilung dieses Beweises konnte jedoch der Auffassung des Handelsgerichts nicht beigepflichtet werden. Denn der Inhalt des Manifestes in Betreff des Rosenholzes geht ausdrücklich dahin, das Gewicht desselben in Bahia sei vor der Absendung nicht ausgemittelt worden, sondern nur zu hundert

Tons angenommen, und zwar unter Bezugnahme auf das Connossement, in welchem in Betreff des Rosenholzes die Bedingung sich hinzugefügt findet, daß die Fracht für solches nach ausgeliefertem Gewichte bezahlt werden solle. Diese letztere Bestimmung entscheidet nun zwar gegen die Kläger als Verfrachter des Schiffes nicht, da sie aus der Chartepartie, die Beklagten dagegen als Befrachter aus den Connossementen die Fracht zu fordern haben, und begreiflicherweise dasjenige, was die Beklagten als Vermiether des Schiffsraums zu fordern berechtigt sind, auf einem von ihrer Verpflichtung als Schiffsmiether verschiedenen Obligationsgrund beruht. War aber das Gewicht des Rosenholzes in Bahia nicht mittelst Wägens constatirt, so würden die Beklagten doch nur dann verpflichtet sein, dessen Annahme zu hundert Tons wider sich gelten zu lassen, wenn Gültzow & Co., welche das Manifest aufgemacht haben, die Absicht hatten oder haben mußten, die Beklagten hiedurch zu obligiren. Allein das Vorhandensein dieser Absicht ist nicht erwiesen, indem jene Annahme sehr wohl zu dem Zweck geschehen sein konnte, um vorläufig bei Berechnung der Commission normgebend zu sein. Ueberdies spricht gegen das Vorhandensein einer solchen Absicht die Bezugnahme auf das Connossement, und in solchem die Stipulation der Frachtzahlung nach ausgeliefertem Gewicht. Eine Nothwendigkeit der Absicht zu obligiren liegt aber überall nicht vor, da es nicht Sache der Beklagten, resp. ihrer Vertreter, sondern vielmehr Sache der Kläger, resp. des sie vertretenden,

vergl. auch Nr. 1, 8 und 10 der Chartepartie,

und mit dem Inhalt der Chartepartie bekannten Schiffers war das „eingenommene“ Gewicht, auf welches die Charterfracht lautete, feststellen zu lassen, wenn sie nicht Gefahr laufen wollten, daß ihnen die Fracht nach ausgeliefertem Gewichte gezahlt werde. Die Kläger konnten daher mit dem Beweise, 100 Tons Rosenholz in Bahia eingenommen zu haben, nicht verschont werden, und der Umstand, daß ein solcher Beweis gegenwärtig seine Schwierigkeiten hat, ist von Klägern, resp.

ihrem Vertreter, selbst verschuldet, und kann zu einer Veränderung der Beweislast nicht führen. Für unmöglich konnte die gedachte Beweisführung jedoch nicht erachtet werden. Wäre z. B. die Behauptung der Kläger richtig, daß Rosenholz auf der Fahrt von Brasilien der Regel nach eintrockne und hiedurch an Gewicht oft bis zu 10 pCt. verliere, so ließen sich durch Sachverständige jene Procente durchschnittlich ermitteln, und dadurch wäre die Nothwendigkeit einer Erhöhung der gezahlten Frachtsumme erwiesen. Existirte ferner, wie Kläger replicirend behauptet haben, in Bahia die feste Usanz, daß ein Dutzend Stücke Rosenholz stets zu zwei Tons angeschlagen werde, so würde auch auf diesem Wege eine Beweisführung thunlich sein. Endlich wäre es auch möglich, den Beweis dadurch zu führen, daß der Inhalt der von dem Obergerichte zum Beweis verstellten Usanz in Bahia nachgewiesen würde. Den Beweis jedoch hierauf zu beschränken mußte schon um deswillen für unstattnehmig erachtet werden, weil in den bisherigen Partheischriften von den Klägern eine Usanz des zum Beweise verstellten Inhalts nicht behauptet worden ist.

Gegen den auferlegten Beweis war den Beklagten nur der eigentliche Gegenbeweis vorzubehalten. Die von den Beklagten im ersten Verfahren geltend gemachte Usanz des Ladeplatzes soll nach der exceptivischen Skizze

[6] S. 2 der H. G. A.

womit die duplicirende Behauptung der Beklagten

Nr. 14 S. 13 der H. G. A.

übereinstimmt, dahin gehen, „daß in Betreff des Rosenholzes die Fracht immer nur nach ausgeliefertem Holz berechnet werde", und die gleiche Fassung haben die in

[9] u. [10] der H. G. A.

beigebrachten Bescheinigungen Hamburgischer Sachkundiger. In der Vernehmlassung jetziger Instanz

[11] S. 13 der O. A. G. Act.

heißt es: „wo den Usanzen des Ladeplatzes zufolge Waaren, wie namentlich Holz, überall nicht gewogen werde, . . . da

sei auch bei dem Wortlaute der vorliegenden Chartepartie diese Usanz in Betracht zu ziehen . . . und das ausgelieferte Gewicht bei der Frachtregulirung zum Grunde zu legen“ und auch hiefür sind wiederum mehrere Atteste von Kaufleuten und Schiffsmaklern beigebracht worden.

[13] bis [16] der O. A. G. Act.

Es war jedoch eine Usanz des erstgedachten Inhalts zwar nicht, wie die Kläger wollen, um deswillen, weil eine Usanz in Bahia über eine Frachtzahlung in Hamburg nicht entscheiden könne, oder deshalb, weil ihr Inhalt undenkbar sei, da der eine Factor der Ausmittelung in Bahia, der andere in Hamburg festgestellt werden solle, sondern aus dem Grunde nicht zum Beweise zu verstellen, weil doch gewiß angenommen werden muß, daß der Partheiwille einer derartigen Usanz derogiren könne, und den obigen Ausführungen zufolge im vorliegenden Falle derogirt hat. Geht aber, wie in jetziger Instanz behauptet wird, die Usanz zu Bahia dahin, daß Rosenholz vor der Einschiffung nicht gewogen werde, so ist damit noch keineswegs die Unmöglichkeit, es wägen zu lassen, behauptet, und nur diese könnte beim Abgang einer sonstigen Einigung zu dem Ergebniß führen, dem bedungenen „eingenommenen“ Gewicht das „ausgelieferte“ zu substituiren.

Ganz von selbst versteht es sich endlich, daß die Beweisführung der Kläger zwischen der Tonzahl, für welche Beklagte die Fracht bereits entrichtet haben und der Zahl von 100 Tons einen Spielraum hat, sowie daß die Kosten des ersten Verfahrens bis zum Erkenntniß über den zu führenden Beweis auszusetzen, die der folgenden Instanzen aber wegen Wechsels der Entscheidungen zu vergleichen waren.

№ 16.

In Sachen **Amalie Jacobsen**, richtiger **Malchen Ekiwa** c. cur. ad litem jetzt auch **Drum. C. L. Leo** und **H. D. Bonfort** als Vormünder des unmündigen Kindes der ersteren, Kläger, (Anwald Herr **Dr. J. Früchtenicht**) contra Proc. extraj. **E. Dorn** m. n. **S. J. Renner**, Beklagten. (Anwald Herr **Dr. C. S. Zumbach**.)

Rechtsfall.

Die int. noie Kläger erhoben eine Alimentations-Klage gegen den bekl. Mandanten und nach stattgehabter Beweisführung verurtheilte das Niedergericht den Beklagten zum Reinigungseide. Das Obergericht reformirte und ließ die Mutter der klägerischen Pupillin zum Erfüllungseide zu. Dies ward in dritter Instanz bestätigt.

Niedergerichtlicher Bescheid
vom 8. September 1854.

Daß, nach dem Resultate der versuchten Beweisführung, Beklagter zu einem dahin zu fassenden Reinigungseide:

daß er mit der Malchen Ekiwa, auch Amalie Jacobsen genannt, in der Zeit zwischen dem 27. Oct. 1852 und dem 23. Febr. 1853 nicht den Beischlaf vollzogen habe,

zuzulassen, und diesen Eid, bei Strafe der sonst anzunehmenden Eidesweigerung, vor dem Herrn Gerichts-Präses als Commissar, zu leisten schuldig sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 30. October 1854.

Da nach den ex actis sich ergebenden, von dem Beklagten selbst nicht in Abrede gestellten Umständen, verbunden mit der durchaus glaubwürdigen Aussage des Zeugen Schäfer und der adminiculirenden Deposition der Ehefrau desselben, der der Klägerin injungirte Beweis als bis zum suppletorium erbracht, erscheint;

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 8ten September 1854 dahin zu reformiren: daß Klägerin zu einem sub poena recusati zu leistenden Erfüllungs-Eide zuzulassen,

daß der Beklagte, Renner, mit ihr in der Zeit zwischen dem 27. October 1852 und dem 23. Februar 1853 den Beischlaf vollzogen habe,

und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 29. April 1856.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 30sten October 1854, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Beschwerde des Beklagten, daß der Mitklägerin Malchen Ekiwa der Erfüllungseid, und nicht vielmehr ihm, unter Bestätigung der niedergerichtlichen Entscheidung, der Reinigungseid zuerkannt worden sei, mußte als unbegründet verworfen werden.

I. Der Hauptzeuge, Schneider Schäfer, sagt aus, daß er in einer Nacht zu Ende Novembers oder Anfang Decembers 1852, etwa gegen 5 Uhr Morgens, von einem Gespräch aufgewacht sei, welches von einer Mannsperson und einem Frauenzimmer, die er als den Beklagten und die Klägerin erkannt haben will, dem Schalle nach eine Treppe niedriger als des Zeugen Wohnung, geführt worden sei. Das Frauenzimmer habe wiederholt gesagt, lassen Sie mich zufrieden, und habe ähnliche Redensarten bittweise vorgebracht, nach einiger Zeit habe sich dieses Bitten von ihrer Seite gelegt, und nun habe die Mannsperson angefangen zu bitten, und zwar, wie es dem Zeugen vorgekommen, um Zulassung zum Geschlechtsgenuß. Nachdem die Mannsperson gebeten gehabt, sei es still geworden, und schließe Zeuge daraus, daß die Mannsperson ihre Absicht erreicht habe.

S. Zeugen-Rot. zu Art. 9 und Fragst. 1 und 2,
» » 10 » 2 und 3,
» » 18, 19 zu Art. 23, Fragst. 4.

Es ist nun

1) die volle Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht angefochten, wird vielmehr vom Beklagten im jetzigen Appellationslibell ausdrücklich anerkannt. Dadurch beseitigt sich aber auch der Zweifel, welchen der Beklagte aus der Localität und der Entfernung des Zeugen hernimmt, indem von der Schlafstelle des Zeugen aus, nach seiner und seiner Ehefrau Versicherung, Gespräche auf der Treppe oder den Vorplätzen in der Nähe seiner Wohnung während der Stille der Nacht recht wohl gehört werden können (wie Zeuge Schäfer hinzufügt: selbst schon ein leises Geräusch), und dies nach der von beiden Zeugen beschriebenen Localität durchaus nichts Unwahrscheinliches hat,

zu Art. 7 und 8,

der Zeuge aber das fragliche Gespräch als ein mittelmäßig lautes bezeichnet,

zu Art. 10 Fragst. 3.

Es muß

2) für vollständig erwiesen angesehen werden, daß die Personen, auf welche sich die Wahrnehmung des Zeugen Schäfer bezog, keine anderen waren, als der Beklagte und die Klägerin. Der Zeuge versichert bestimmt, daß er die, ihm in Folge des Zusammenwohnens in demselben Hause wohlbekannte, Klägerin an der Stimme deutlich erkannt habe. Nicht so entschieden ist er rücksichtlich des Beklagten; er glaubt zwar, auch ihn an der Stimme erkannt zu haben, und erklärt sich überzeugt, daß der Beklagte die fragliche Mannsperson gewesen sei, bemerkt aber, daß ihm dessen Stimme nur oberflächlich bekannt gewesen, daß er ihn gelegentlich Abends vor der Thüre der Klägerin habe sprechen hören, auch einmal oder einige Male selbst mit ihm ein paar Worte gewechselt habe,

zu Art. 9, Fragst. 2, Art. 10, Fragst. 2 und 3,
» 22, » 1 und 2,
» 23, » 4.

Dieser Mangel wird aber dadurch ergänzt, daß der Zeuge deutlich verstanden haben will, wie die Klägerin in dem fraglichen Gespräch die Mannsperson mit dem Namen „Renner" benannt habe,

zu Art. 9, Fragst. 2.

Weis't hiernach schon die Aussage des Zeugen bestimmt auf die Klägerin und den Beklagten hin, so kommt hinzu, daß der Beklagte von Anfang an eingeräumt hat, die Klägerin einmal zu Ende Novembers 1852 nach Beendigung eines Balles nach Hause begleitet zu haben, und zwar „bis zu ihrer Sahltreppe," ohne die Treppe mit hinaufzugehen, daß er im jetzigen Appellationslibell ferner eingeräumt, auch mit ihr zu diesem Balle gefahren zu sein, und daß das gemeinschaftliche Hinfahren zum Ball sowohl von dem Zeugen Schäfer, als seiner Ehefrau, gerade am Abend vor der Nacht beobachtet worden ist, in welche das von Ersterem berichtete Gespräch fällt. Dies wird namentlich dadurch überzeugend bestätigt, daß der Zeuge am Morgen nach dieser Nacht seiner Frau von dem nächtlichen Gespräch Mittheilung machte, wie beide übereinstimmend angeben,

zu Art. 10, Fragst. 4, Art. 13 und Fragst. 2.

Daß aber das von den beiden Zeugen am Abend vor dieser Nacht beobachtete Ausfahren der Klägerin mit einem Manne identisch sei mit dem vom Beklagten eingeräumten Vorgang, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln; denn, wenn auch beide Zeugen den Zweck des Ausfahrens (zum Ball) nur von der Klägerin oder Anderen hören konnten, und den Beklagten beim Einsteigen in den Wagen wegen der Dunkelheit nicht oder nicht bestimmt erkannt haben, so sagt doch Zeuge Schäfer, es sei ihm am andern Morgen zur Kunde gekommen, daß es der Beklagte gewesen, und Frau Schäfer will nicht nur bei Gelegenheit des Ausfahrens den Namen des Beklagten haben nennen hören, sondern auch einen Mann von der Statur desjenigen, den sie in der letzten Zeit häufig zur Klägerin hatte kommen sehen, und den sie nach ihrer Aussage

zu Art. 23, Fragst. 2,

in dem bei ihrer Beeidigung anwesenden Beklagten bestimmt wieder erkannte, in den Wagen haben einsteigen sehen. Diese Hinweisungen der Zeugen-Aussagen auf die Person des Beklagten genügen aber vollkommen, um das Zusammentreffen des Geständnisses als entscheidend anzunehmen. Hienach ist es constatirt, daß der Beklagte und die Klägerin gerade in der Nacht, in welcher der Zeuge Schäfer das fragliche Gespräch gehört haben will, vom Balle zurückkehrend zusammen im Hause, „vor der Sahltreppe der Klägerin" waren, und daraus rechtfertigt sich, mit Rücksicht auf die vom Zeugen angegebene Stunde, ohne Weiteres der Schluß, daß der Zeuge sich in dem Wiedererkennen der Partheien an ihrer Stimme nicht geirrt habe.

So viel nun

3) den Inhalt und Verlauf des nächtlichen Gesprächs betrifft, so kann allerdings auf die letzte Schlußfolgerung des Zeugen selbst, daß es zur Vollziehung des Beischlafs gekommen sei, an sich kein Werth gelegt werden. Allein was er als specielle Wahrnehmung von seinem Zuhören berichtet,

macht doch die Schlußfolgerung zu einer höchst wahrscheinlichen. Danach verhielt sich die Klägerin anfangs abwehrend, indem sie wiederholt sagte: „lassen Sie mich zufrieden," und ähnliche Redensarten bittweise vorbrachte. Gegen einen Mann, der sie in Ehren vom Ball in's Haus zurückbegleitete, hätte sie keine Ursache gehabt, sich in solcher Weise abwehrend zu benehmen; die Zumuthung einer unschuldigen Zärtlichkeit hätte sie kurz zurückweisen und ihr durch sofortige Trennung ausweichen können; jene wiederholten Aeußerungen lassen sich daher kaum anders als durch Umarmung und thätliche Liebkosung erklären. Nach einiger Zeit, berichtet der Zeuge weiter, habe sich das Bitten von Seiten der Klägerin gelegt, und nun habe der Beklagte angefangen zu bitten, und zwar, wie es dem Zeugen vorgekommen, um Zulassung zum Geschlechtsgenuß. Hiernach ist der Zeuge zwar nicht vollkommen sicher darüber, daß der Beklagte um Vollziehung des Beischlafes gebeten habe, was sehr erklärlich ist, da der Beklagte schwerlich ein direct hierauf gerichtetes Wort gebraucht haben wird; aber schon der Umstand, daß der Beklagte in der Lage, in welcher er sich mit der Klägerin befand, sie zu b i t t e n anfing, macht es in hohem Grade wahrscheinlich, daß die Auffassung des Zeugen eine richtige war. Wenn es endlich, wie der Zeuge angiebt, nach diesem Bitten still wurde, so ist man, in Zusammenhang mit dem ganzen voraufgegangenen Auftritt, wohl berechtigt, mit dem Zeugen den Schluß zu ziehen, daß es zur Vollziehung des Beischlafs gekommen sei.

Vergleicht man mit dieser Zeugenaussage

II) noch die sonstigen actenmäßigen Umstände, so ist freilich das Zeugniß von Frau Schäfer über die von ihrem Manne empfangene Mittheilung, abgesehen von der, wie oben erwähnt, darin liegenden Bestätigung der Zeit des Vorfalls, ohne allen selbstständigen Werth. Dagegen kommt unterstützend in Betracht:

1) der um die fragliche Zeit vom Beklagten mit der Klägerin gepflogene Umgang. Nach der übereinstimmenden Angabe beider Eheleute Schäfer kam der Beklagte „sehr häufig,"

besonders Abends, zu der Klägerin. Dies deutet, in Verbindung mit dem Abholen zum Ball und dem Zurückbegleiten von demselben bis in's Haus, auf ein näheres Verhältniß, als einen bloß durch die Verwandtschaft veranlaßten Umgang, und wie bei den Hausgenossen, nach der Aeußerung der Zeugen Schäfer,

zu Art. 13, Fragst. 2,

die Meinung obwalten mochte, daß der Beklagte der Bräutigam der Klägerin sei, so konnte auch bei ihr selbst wohl die Hoffnung auf beabsichtigte Heirath geweckt und sie dadurch um so eher verleitet werden, sich dem Beklagten bei dem nächtlichen Alleinsein mit ihm und in der Aufregung nach dem Balle hinzugeben.

2) Der Umstand, daß ein geschlechtlicher oder vertrauter Umgang der Klägerin mit einem anderen Manne in der hier in Frage stehenden Zeit weder vom Beklagten behauptet, noch sonst irgendwie in den Acten indicirt ist. Dies verstärkt nicht nur die eben unter 1) bemerkte Vermuthung, sondern giebt auch dem erwiesenen nächtlichen Zusammensein des Beklagten mit der Klägerin im Hause der Letzteren an sich schon ein erhöhtes Gewicht.

Erwägt man, daß der Beischlaf fast immer nur durch Schlußfolgerungen zu erweisen ist, so mußte man bei diesen unterstützenden Momenten die Aussage des classischen Zeugen Schäfer für ausreichend halten, um die Klägerin, gegen deren persönliche Glaubwürdigkeit kein Zweifel erhoben worden ist, zum Erfüllungseide zuzulassen.

№ 17.

In Sachen **Aron Israel**, Provocanten, (Anwald Herr **Dr. C. Eden**) contra **Dr. R. Eckermann** mand. noie **Eduard Fürst** in Wien, Provocaten. (Anwald Herr **Dr. R. A. Eckermann.**)

Rechtsfall:

Da der Provocat erklärte, der Provocant sei s. Z. Empfänger der Valuta sämmtlicher dem provocatischen Mandanten eigenthümlich zustehenden und noch nicht abgetragenen Hypothekposten gewesen, deren Pfandobject bereits in andere Hand übergegangen war, und daran eine Rechtsreservation geknüpft hatte, so ward die vorliegende Provocation ad apendum erhoben.

Das Niedergericht sprach die Ansicht aus:

Ein Provocationsverfahren über noch zur Zeit nicht erwachsene Ansprüche des Provocaten, sondern über solche, deren künftige Möglichkeit nur angedeutet war und in Bezug auf welche sich Provocat für gewisse noch nicht eingetretene Voraussetzungen seine Rechte reservirt hatte, ist nicht statthaft.

Dagegen waren die beiden höheren Instanzen der Ansicht:

1) Daß es bei der provocatio ex lege diffamari überall nicht der Nachweisung eines besonderen Interesses bedürfe, das Provocant bei der Klageanstellung habe, diese Provocation hingegen schon dadurch begründet wird, daß der Provocat sich eines klagbaren Anspruches an Provocanten berühmt hatte, den dieser nicht anerkennen will.

2) Bei der Frage, ob Jemand mittelst Provocation angehalten werden kann, den Anspruch, dessen er sich berühmt, klagend geltend zu machen, kommt es darauf, ob er von seinem angeblichen Klagerechte jetzt schon Gebrauch machen *will*, nicht an, sondern nur darauf, ob er es bereits *kann*.

3) Die Kosten eines gegen Provocaten entschiednen Verfahrens fallen letzterem zur Last, wenn seine unberechtigte Weigerung, seine Ansprüche zur Klage zu bringen, dem Provocationsverfahren den Charakter eines selbstständigen, durch ein besonderes Urtheil zu erledigenden Rechtsstreites verliehen haben.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 26. Februar 1855.

Da in der, der Provocationsschrift beigelegten und den Grund derselben bildenden Urkunde (Anl. A.) der Provocat sich keines schon jetzt erwachsenen Anspruches an den Provocanten berühmt hat, sondern darin nur die Möglichkeit angedeutet wird, daß er künftig einmal unter für jetzt noch nicht eingetretenen Voraussetzungen in Betreff der erwähnten Hausposten Ansprüche an den Provocanten erlangen könne, in welcher Beziehung er sich alle Rechtszuständigkeiten vorbehält; — da hiernach es sich als unzweckmäßig und unangemessen darstellt, über solche etwaige, erst künftig und möglicherweise gar nicht entstehende Forderungen schon jetzt eine hauptsächliche Verhandlung unter den Partheien eintreten zu lassen, folglich die Provocation für jetzt wenigstens, rechtlich nicht begründet ist; —

daß Provocant mit seiner Provocation, mindestens zur Zeit, abzuweisen, auch dem Provocaten die dadurch veranlaßten Prozeßkosten zu erstatten schuldig sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 30. April 1855.

Da die in der Anlage A zur Provocationsschrift in Aussicht gestellte Möglichkeit, daß der Provocat künftig einmal in Betreff der erwähnten Hausposten Ansprüche an den Provocanten erlangen könne, die annoch fortdauernde Verantwortlichkeit des Letzteren für diese Posten voraussetzt, und demnach der Provocant mit um so größerem Rechte verlangen kann, daß der Provocat seinen desfallsigen Anspruch begründe, als für den Fall einer solchen Verantwortlichkeit der Provocant zur Abwehr etwaniger Verlüste eine, ihm sonst nicht obliegende Vigilanz zu üben haben würde;

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo den 26. Februar dieses Jahres wieder aufzuheben, und Provocat

seine Berühmung, zufolge welcher der Provocant für die hier fraglichen Hausposten noch jetzt verantwortlich gemacht werden soll, innerhalb 14 Tagen unter dem Präjudize, daß er widrigenfalls damit nicht weiter gehört werden wird, zu begründen schuldig ist, Provocat auch, da er auf desfallsige Aufforderung die Geltendmachung des Anspruches, dessen er sich berühmt, ohne Grund verweigert hat, in die Kosten des Provocations-Verfahrens zu verurtheilen ist.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, nebst den wieder zu versiegelnden Acten, zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 24. Mai 1856.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 30sten April vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die vorliegende Provocation ist darauf begründet, daß Provocat ausweislich der in seinem Auftrage vollzogenen und dem Provocanten zugestellten „Anzeige" vom 28. Decbr. 1854

N. G. Act. [3]

in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des Eduard Fürst gewisser Ansprüche gegen den Provocanten sich berühme; und bezweckt denselben zur gerichtlichen Geltendmachung dieser Ansprüche binnen einer bestimmten Frist, unter dem Präjudiz

ewigen Stillschweigens, zu nöthigen; sie stellt sich also unzweifelhaft als provocatio ex lege diffamari dar. — Wenn Provocat dagegen

1) eingewendet hat, daß es der Provocation an einem Rechtsgrunde fehle, indem es sich nach Inhalt des Libelles nicht um Abwendung eines Schadens, den Verlust einer Einrede, eines Beweismittels und dergl. handele, sondern Provocant nur zu seiner Beruhigung wissen wolle, woran er sei, so erledigt sich dieser Einwand dadurch, daß es bei der provocatio ex lege diffamari überall nicht der Nachweisung eines besonderen Interesses bedarf, welches Provocant bei der Klaganstellung hat; diese Provocation vielmehr schon in der Thatsache ihre Begründung findet, daß Provocat sich eines klagbaren Anspruchs gegen den Provocanten berühmt hat, den dieser Letztere anzuerkennen nicht Willens ist. Es kommt hiernach nur

2) auf den Einwand des Provocaten an, daß, da er in [3] der R. G. A. nicht die positive Behauptung aufgestellt, den Gegner für gewisse bestimmt angegebene Forderungen in Anspruch nehmen zu wollen, sondern nur von der Möglichkeit eines Regresses unter gewissen später sich erst entscheidenden Voraussetzungen gesprochen habe, eine actio nata gar nicht vorliege und eine Klage für jetzt überall nicht angestellt werden könnte. Auch dieser Einwand erscheint indeß verwerflich, Provocat hat sich durch die in [3] der R. G. A. enthaltenen, von ihm ihrem ganzen Inhalte nach anerkannten, Anführungen nicht eines in Zukunft etwa möglich werdenden, oder eines bedingten eventuellen oder subsidiairen, sondern er hat sich eines bereits begründeten unbedingten und gegenwärtig verfolgbaren Klagerechts gegen den Provocanten berühmt. Indem er nämlich erklärt, dieser Letztere sei seiner Zeit Empfänger der Valuta sämmtlicher in [3] cit. aufgeführten, dem provocatischen Mandanten eigenthümlich zustehenden und bis dahin noch nicht abgetragenen Hypothek-Posten im Gesammt-Betrage von Spec.℔ 18,000 gewesen, und er (Provocat) wolle alle seinem Auftraggeber gegen

Provocanten aus den angeführten Verhältnissen zustehenden oder herzuleitenden Rechte und Ansprüche im weitesten Sinne reserviren, stellt er die Behauptung auf, Provocant sei aus einem empfangenen Darlehen noch jetzt persönlicher Schuldner des provocatischen Auftraggebers, und spricht zugleich seinen bestimmten Willen aus, sämmtliche aus diesem angeblichen Schuldverhältnisse herzuleitenden Rechte für seinen Mandanten zu behaupten und keinerlei Verzicht oder Beschränkung hinsichtlich derselben eintreten zu lassen. Allerdings ergiebt sich aus [3] cit. zugleich, daß die Grundstücke, in welche jene Darlehen inscribirt sind, inzwischen in andere Hände übergegangen sind. Durch diesen Umstand allein wird aber nach dem heute zu Tage in Hamburg geltenden Rechte

F. Baumeister, das Priv. Recht der fr. und Hansestadt Hamburg, § 25 V.

das zwischen dem Hingeber und Empfänger des Darlehns bestehende Obligations-Verhältniß nicht alterirt, es wird dadurch insbesondere das dem Ersteren gegen den Letzteren zustehende Klagerecht nicht zu einem bloß eventuellen oder subsidiairen. Nun hat freilich Provocat in [3] cit. eine Geltendmachung der seinem Mandanten wider den Provocanten zustehenden Ansprüche nur »in eventum« und in Betreff der „Ausfälle so in der Folge (sc. bei Einziehung der fraglichen Hypothekposten von den dermaligen Besitzern der Hypotheken) sich herausstellen möchten" in Aussicht gestellt. Allein dadurch ist die rechtliche Natur des Klagerechts, welches er sich im Namen seines Auftraggebers dem Provocanten gegenüber beilegt, nicht geändert. Dieses bleibt ein unbedingtes und gegenwärtiges, wenn auch die Absicht des Klageberechtigten obwaltet, von demselben nur unter einer zukünftigen noch ungewissen Voraussetzung Gebrauch zu machen. Bei der Frage aber, ob Jemand mittelst einer Provocation angehalten werden könne, den Anspruch, dessen er sich berühmt, klagend gelten zu machen, kommt es natürlich darauf, ob er von seinem angeblichen Klagerechte jetzt schon Gebrauch machen will, nicht, sondern nur darauf an, ob er von demselben bereits Gebrauch machen kann.

An vorstehendem Ergebnisse wird auch durch die vom Provocaten in dem vorliegenden Rechtsstreite abgegebenen Erklärungen Nichts geändert. Derselbe hat nirgends von den in [3] der N. G. Act. aufgestellten thatsächlichen Behauptungen etwas zurückgenommen und eben so wenig neue Thatsachen angeführt, als deren rechtliche Folge es anzusehen wäre, daß das durch Hingabe eines Darlehens begründete Forderungsrecht dermalen nur noch als ein eventuelles oder subsidiaires fortbestände. Er hat endlich auch nicht in rechtsverbindlicher Weise auf die Eigenschaft der seinem Mandanten vindicirten Ansprüche als unbedingter und gegenwärtig verfolgbarer verzichtet, sondern nur die Rechtsansicht ausgesprochen, daß ein dermalen verfolgbares Klagerecht nicht existire;

N. G. Act. [4] p. 6, 7,
O. A. G. Act. [1] p. 10.

Eine derartige Aeußerung einer bloßen Rechtsansicht aber vermag auf das obwaltende Streitverhältniß einen Einfluß überhaupt nicht zu üben.

Mit Recht ist also von dem Obergericht, unter Verwerfung der vorgeschützten Einwendungen, nach dem Antrage der Provocation in der Hauptsache erkannt worden, und die hiergegen gerichtete erste Beschwerde stellt sich als verwerflich dar.

II) Die zweite, den Kostenpunkt betreffende Beschwerde ist ebenfalls unbegründet. Das Provocationsverfahren hat im vorliegenden Falle durch die unberechtigte Weigerung des Provocaten, die Ansprüche, deren er sich berühmt, zur Klage zu bringen, den Charakter eines selbstständigen, durch ein besonderes Urtheil zu erledigenden, Rechtsstreits angenommen, und die Kosten desselben sind dem Provocaten, als dem in diesem Rechtsstreite unterliegenden Theile, mit Recht zur Last gelegt worden.

№ 18.

In Sachen Dr. Antoine Feill subst. noie **Ullberg & Cramér,** mand. noie **D. Elfstrand & Co.** in Gefle, Klägers, Widerbeklagten, (Anwald Herr **Dr. Ant. Feill**) contra **Johannes Limpricht,** Beklagten, Widerkläger. (Anwald Herr **Dr. H. R. Loehr.**)

A. Rechtsfall:

Elfstrand & Co. consignirten 1854 dem Hause des Beklagten in Rio de Janeiro Limpricht Gebrüder & Co. eine Parthei Stangeneisen, erhielten darüber Verkaufsrechnung und Abrechnung, in Bezug auf welche sie sich das Verlangen nach Justification vorbehalten und heute nur die Auslieferung der ihnen zukommenden dem Beklagten für sie zugegangene Rimesse von Bco.ℳ 2457.5 β verlangen oder deren Valuta. Der Beklagte bestritt diese Forderung an sich nicht, erhob aber einen Gegenanspruch von Bco.ℳ 6430.7 β aus einem andern Geschäft. Der subst. n. Kläger verweigerte die Einlassung auf die illiquide Gegenforderung und Beklagter offerirte schlimmsten Falls Deposition. Das Hand. Ger. II. K. erk. 9. Juni 1855:

da Beklagte der völlig liquiden Forderung der klägerischen Mandanten gegenüber ein Weiteres als Zulassung mit seinen illiquiden, keineswegs aus demselben Geschäft resultirenden Gegenansprüchen nicht verlangen kann,

daß Beklagte schuldig sei, die fragliche Rimesse von Bco.ℳ 2457.5 β sofort dem Kläger auszuliefern, event. deren Betrag sammt Zinsen vom Verfalltage in acht Tagen zu bezahlen und zwar beides gegen Caution für die Widerklage zu gleichem Betrag.

Der Beklagte erhob nun injungirtermaaßen die Widerklage: Er habe durch Vermittlung von Ullberg & Cramér mit E. & Co. in Gefle einen Charter geschlossen, laut welchem Letztere ihr Schiff Ellida mit einer Ladung Bretter von bestimmten Dimensionen auf ein ohne jegliche Reservation gezeichnetes Conossement an das widerklägerische Haus in Rio zu senden sich verpflichteten. Beim Löschen stellte sich eine so bedeutende Abweichung von der bedungenen Brettermaaße heraus, daß die Abnehmer der

Waare nach schiedsrichterlichem Ausspruch eine Vergütung von 2300 Millerees verlangten und vom widerklägerischen Hause erhielten. Dem Capitain ward die Fracht verweigert und man verglich sich mit ihm dahin, daß er seine Fracht nach Abzug der 2300 Millerees bekam, unter Anerkennung dieser Forderung abseiten des Capitains und unter Vorbehalt des widerklägerischen Hauses auf zu viel bezahlte Fracht und Zoll. Die zu viel bezahlte Fracht und Zoll betragen 4,229,770 R. od. Bco. ℔ 6430. 7 ß, welche widerklagend gefordert werden.

Der Widerbeklagte: der Gegner habe nicht mit E. & Co., sondern mit U. & Cr. einen Charter geschlossen und von letzteren Holz gekauft. In dem Conossement, da die Holzverladung auf Bitten des widerklägerischen Hauses von E. & Co. besorgt worden sei, wären diese als agents only bezeichnet. Die factische Grundlage der Widerklage, daß geringeres Maaß geliefert worden sei, als bedungen, wird bestritten. Dem Capitain der Ellida sei jedes Recht zu bestreiten, die Widerbeklagten in Rio zu vertreten, vielmehr habe man ihm 2300 Millerees widerrechtlich von der Fracht abgenöthigt, weshalb diese herausverlangt würden. Es sei nicht mehr Fracht bezahlt, als bedungen, und die zu hohe Zollzahlung durch irrige factische Ansichten des widerklagenden Hauses allein veranlaßt. Da nun in der in der Vorklage gegebenen Abrechnung eine Differenz von 25 pCt. mit 1726 Millerees wegen angeblich mangelhaften Sortiments abgesetzt worden, man diese aber nicht zugebe, so fordern Widerbeklagte auch diese Summe jetzt. Der Widerkläger verweigerte sodann die Einlassung auf die gegen seine Widerklage erhobene Widerklage sowohl aus dem Brettergeschäft, wie aus der Eisenlieferung. Darauf erfolgte das handelsgerichtliche Erkenntniß vom 5. Sept. 1855.

B. Rechtssätze:

1) Das Handelsgericht nimmt an, in Uebereinstimmung mit dem Obergerichte, daß die Erhebung einer Widerklage gegen eine Widerklage prozessualisch völlig unzulässig sei und sich nicht mit einer zweckmäßigen Prozeßführung vertrage. Dagegen

2) Spricht das Oberappellationsgericht die Ansicht aus, daß ein absoluter Rechtssatz dafür nicht existire und die Gestattung einer zweiten Widerklage lediglich von dem Ermessen des Richters abhänge, welches wiederum theils dadurch, daß die Verhandlung über einen Anspruch zweckmäßiger Weise von der über einen verwandten Anspruch nicht zu trennen ist, theils dadurch, daß man Verwirrung des Verfahrens zu vermeiden hat, bestimmt werden muß.

3) Der Verkaufpreis einer Waare am Bestimmungsplatze repräsentirt nicht allein den Facturawerth, sondern auch die auf derselben ruhenden Unkosten, wie Fracht und Zoll.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (zweite Kammer) vom 5. September 1854.

Da der Verkaufpreis einer Waare am Bestimmungsplatz nicht allein den Facturawerth, sondern auch die auf derselben ruhenden Unkosten, als Fracht und Zoll, repräsentirt;

hienach aber im vorliegenden Fall ein separater Anspruch wegen zu viel bezahlter Fracht und Zölle nicht mehr denkbar ist, nachdem das widerklägerische Haus den ihm von seinem Käufer wegen der angeblich abweichenden Dimensionen der Bretter gemachten Abzug von 2300 Millerees dem Capitain Kraeft an der Fracht gekürzt hat, also den Preis, für welchen es die Ladung in Rio verkaufte, ungeschmälert erhalten und sich somit vollständig in die Lage versetzt hat, als ob die Waare nach Maaßgabe des Connossements richtig geliefert worden,

da andererseits die Widerbeklagten an die von Capitain Kraeft wegen der 2300 Millerees getroffene Abmachung gebunden sind, indem der Capitain ohne Frage völlig legitimirt ist, um Ansprüche des Empfängers wegen angeblich mangelhafter Lieferung der Waare, für welche Schiff und Fracht verhaftet sind, vergleichsweise, wie im vorliegenden Fall ausweise des Briefes des Schwedischen und Norwegischen Consuls in Rio vom 14. December 1854 ersichtlich geschehen ist, zu erledigen,

Da endlich auf die Geltendmachung derjenigen weiteren Gerechtsame, welche der subst. noie Kläger, Widerbeklagte, sich bei Anstellung der Vorklage in Betreff einer consignirten Parthie Eisen reservirt hat, in diesem Verfahren um so weniger eingegangen werden kann, als die Erhebung einer Widerklage gegen eine Widerklage prozessualisch völlig unzulässig ist;

daß sowohl der Widerkläger mit seiner erhobenen Widerklage als auch die Widerbeklagten mit ihrem Antrag wegen der von Capitain Kraeft concedirten 2300 Millerees abzuweisen, auf die widerbeklagtischerseits wegen des consignirten Eisens gestellten Anträge aber in diesem Verfahren wenigstens nicht einzugehen sei.

Die Kosten der Vorklage hat der Beklagte Widerkläger dem subst. noie Kläger Widerbeklagten zu erstatten, wogegen die Kosten der Widerklage hiemit compensirt werden.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 12. October 1855.

Da aus den zu den Acten gebrachten Documenten, und namentlich aus den zwischen Limpricht Gebrüder & Co. und dem Schwedischen und Norwegischen Consul Morsing gewechselten Schreiben vom 14. December 1854 nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, ob der Capitain Kraeft in einen definitiven Abzug von 2300 Millerees gewilligt, oder sich nur damit einverstanden erklärt habe, daß Limpricht Gebr. & Co. diese Summe nur vorläufig bis zu einer definitiven in Europa herbeizuführenden Entscheidung oder Vereinbarung einbehalten dürften;

da für diese letztere Auslegung vielmehr der Umstand spricht, daß Limpricht Gebrüder & Co. sich noch unter dem 13. Decbr. 1854 bereit erklärt hatten, den ganzen damals von ihnen beanspruchten Abzug von der Fracht mit £ 354.1.9. bis zu einer in Europa herbeizuführenden Entscheidung zu deponiren, obgleich in dem Schreiben vom 11. Decbr. eines am 9. Decbr. stattgehabten „settlement's“ erwähnt wird, so wie auch, daß sie in dem Schreiben vom 14. Decbr. 1854 alle Ansprüche, sowohl wegen des Kaufpreises, als auch namentlich wegen der angeblich zu hohen Fracht und des nach ihrer Behauptung zu viel bezahlten Zolls, vorbehielten, wogegen der Capitain seiner Seits seine Proteste wegen unnöthigen Aufenthalts zurücknahm;

da aus diesen Gründen den Klägern der von ihnen geltend gemachte Anspruch auf Nachbezahlung der 2300 Millerees wenigstens zur Zeit noch nicht abgesprochen werden kann, und wenn dieses nicht geschieht, auch die Frage, ob der Capitain zu der Bewilligung des fraglichen Nachlasses für befugt zu erachten war, noch nicht zur Entscheidung steht;

da jedoch es mit einer zweckmäßigen Prozeßleitung nicht verträglich erscheint, die Geltendmachung dieses Anspruches in einer Reconvention gegen die von dem Beklagten angestellte Reconvention zu gestatten.

cf. Martin, Prozeß § 101 Note d.

Daß das Handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 5ten September dieses Jahres, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, im Uebrigen zwar zu bestätigen, insofern aber die Widerbeklagten darin mit ihrem Anspruch auf Nachzahlung der 2300 Millerees abgewiesen sind, wieder aufzuheben, und wegen dieses Anspruchs partibus annoch quaevis in separato geltend zu machende Gerechtsame vorzubehalten;

und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 17. Juni 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu halten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 12. October vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, dahin abzuändern sei: daß Johannes Limpricht verbunden sei, in einem von dem Handelsgericht anzuberaumenden Termine auf die von Daniel Elfstrand & Co. wider ihn erhobene Widerklage aus dem Brettergeschäft ordnungsmäßig sich einzulassen, und hierauf in der Sache selbst, sowie wegen deren Kosten weiter zu erkennen sei was Rechtens.

Die Kosten voriger und gegenwärtiger Instanz werden verglichen, und die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte und Wiederkläger Limpricht verlangt in gegenwärtiger Instanz in der Hauptsache die Aufhebung des obergerichtlichen den von den Klägern Daniel Elfstrand & Co. der Wiederklage gegenüber aus der über die Bretterladung abgeschlossenen Chartepartie ihrerseits wiederklagend erhobenen Anspruch zur abgesonderten Geltendmachung verweisenden Erkenntnisses, und die Wiederherstellung des Handelsgerichts-Urtheils, welches die Forderungen des Beklagten wegen für die Bretter zu viel gezahlter Fracht und Zoll, eben so wie die von den Klägern nachgeforderten 2300 Millerees endlich aberkannt hatte. Allein mit Unrecht. Denn es mußte der Auffassung des Obergerichtes beigetreten werden, daß das zwischen Limpricht Gebr. & Co. in Rio unter Vermitteiung des Schwedischen und Norwegischen Generalconsuls mit dem Schiffer J. M. Kraeft von der Bark Ellida am 14. December 1854 getroffene Abkommen bezweckt habe, die zwischen den Partheien in Betreff des Untermaaßes der Bretterladung entstandenen Differenzen nicht definitiv, sondern nur provisorisch zu regeln. Welche Absicht die Contrahenten bei diesem Abkommen gehabt haben, läßt sich zwar aus den solchem vorangegangenen Verhandlungen, insbesondere aus dem Schreiben von Limpricht Gebr. & Co. vom 13. December 1854 nicht mit Bestimmtheit entnehmen, indem in Letzterem nur der Vorschlag gemacht ist, den Betrag ihres Anspruchs in Betreff der Fracht bis zur ausgemachten Sache in Europa zu deponiren, wodurch ein später beliebtes definitives Abkommen unter den Partheien in Betreff aller Differenzen nicht ausgeschlossen sein würde. Für die Annahme des provisorischen Charakters spricht aber der Umstand, daß Limpricht Gebr. & Co., wenn gleich sie für ihren s. g. actual loss 2300 Millerees einbehielten, ihrem Hamburger Hause vorbe-

halten haben, alle Ansprüche for the original cost of the wrongly, invoiced part of the cargo or for the corresponding amount of freight on the short delivered part of the cargo or for the corresponding excess of duties paid in this customhouse. Dieser Vorbehalt umfaßt nämlich den gesammten Schaden, welcher den Empfängern der Ladung irgendwie erwachsen konnte, den Schaden an der Substanz, wie den an Unkosten. Es läßt sich daher nicht absehen, wie es möglich sein sollte, daß Limpricht Gebr. & Co. berechtigt sein könnten, neben jenem Gesammtschaden noch 2300 Millerees in Anspruch zu nehmen. Daraus folgt aber, daß gedachter Vorbehalt nur den Zweck gehabt haben könne, für den Fall, daß D. Elfstrand & Co. sich mit gedachtem Decort nicht einverstanden erklären, und denselben mit der Klage aus dem Frachtcontract nachzufordern sich gemüssigt sehen sollten, die Geltendmachung ihrer Entschädigungs-Ansprüche im weitesten Umfange zu salviren. Der gemachte Vorbehalt bildet also mittelst Rückschlusses ein sicheres Argument dafür, daß es nicht die Absicht der Contrahenten gewesen sei, die Differenzen definitiv zu reguliren: es sollte nur in der Voraussetzung geschehen sein, daß D. Elfstrand & Co. von einer Nachforderung gedachter Summe abstrahiren würden. Bei dieser Auffassung des Sachverhältnisses bedarf die Frage, ob der Schiffer berechtigt gewesen sei, nicht bloß in Betreff der verdienten Fracht, sondern auch in Betreff der durch Mängel der Ladung veranlaßten Unkosten sich mit deren Empfängern, als Vertreter von Elfstrand & Co., zu vergleichen, keiner Entscheidung.

Ebensowenig durfte andererseits der Adhäsionsbeschwerde der Kläger und Wiederbeklagten D. Elfstrand & Co. darüber, daß sie mit ihren Ansprüchen auf Auskehrung der 2300 Millerees zur besonderen Ausführung verwiesen, und nicht vielmehr Limpricht in dieselben, so wie in sämmtliche Proceßkosten verurtheilt worden sei, in vollem Umfange entsprochen werden. Zwar konnte

a) darin der Ansicht des Obergerichtes nicht beigepflichtet

werden, daß gedachter Anspruch um deswillen zur besonderen Ausführung zu verweisen sei, weil die Anstellung einer Widerklage gegen eine Widerklage den Grundsätzen des Civilproceßrechtes zuwider laufe. Ein absoluter Rechtssatz dieses Inhaltes existirt nämlich nicht, und die Gestattung einer zweiten Widerklage hängt lediglich von dem Ermessen des Richters ab, welches wiederum theils dadurch, daß die Verhandlung über einen Anspruch zweckmäßigerweise von der über einen verwandten Anspruch nicht zu trennen ist, theils dadurch, daß man Verwirrung des Verfahrens zu vermeiden hat, bestimmt werden muß. Da nun Letzteres in dem vorliegenden Falle, zumal da die Widerklage nicht in demselben Verfahren verhandelt worden ist, nicht eintritt, und es andererseits zweckmäßig erscheinen mußte, alle das Brettergeschäft betreffende gegenseitige Ansprüche in einem Verfahren zu erledigen, so war in so weit das vorige Erkenntniß aufzuheben. Dagegen durfte

b) dem auf sofortige Verurtheilung seines Gegners gerichteten Antrag nicht einmal in so weit entsprochen werden, daß man die betreffenden Beweise den Partheien auferlegt hätte. Denn eine Verhandlung über die Widerklage hat bis dahin noch nicht stattgefunden, vielmehr hat Limpricht sogar die desfallsige Einlassung in Nr. 21, S. 35 der H. Ger. Act. abgelehnt. Auf diese war daher, wie im Urtheil geschehen, zu erkennen.

In Ansehung der durch die Vorklage, wie durch die erste Widerklage erwachsenen Kosten hat es bei den hierüber vorhandenen gleichförmigen Erkenntnissen sein Bewenden. Die durch die zweite Widerklage erwachsenen Kosten erster Instanz waren auszusetzen, die Kosten voriger und jetziger Instanz aber wegen Wechsels der Erkenntnisse zu vergleichen.

№ 19.

In Sachen Dr. O. Schröder als Staatsanwald contra a) L. Heckscher (Anwald Herr Dr. C. v. Bönninghausen) und b) J. F. Richter. (Anwald Herr Dr. J. C. Knauth.)

A. Rechtsfall:

In diesem Preßprozesse hatte die Armen-Anstalt wegen Beleidigung ihrer Functionäre durch den Staatsanwald klagen lassen.

Das Niedergericht erklärt in seinen Motiven, daß die Vorsteher, Pfleger und Aerzte der Allgemeinen Armen-Anstalt, als mit einem bürgerlichen Officium betraute Personen, wie Mitglieder einer Hamburgischen Behörde in Bezug auf ihnen zugefügte Beleidigungen zu betrachten seien. Ferner: Besteht das corpus delicti eines Preßvergehens nicht etwa in einem ursprünglich zusammenhängenden, nur für den Abdruck und die Publication in verschiedene Nummern des Zeitblattes abgebrochene Aufsätze, und wurde vielmehr durch jede der mehreren zu verschiedener Zeit verfaßten Druckschriften eine Contravention selbstständig begangen, so hat das Gericht für die Strafausmessung die mehrfach verwirkten Strafen zu addiren. In solchem Falle ist nur in so weit die strafmindernde Theorie von fortgesetzten Vergehen anzuwenden, als es die Berücksichtigung der Einheit des Zweckes, welcher wiederholend verfolgt, und des Strafgesetzes, welches dadurch von Neuem übertreten wurde, gestattet.

Die dritte Instanz bestätigte auch hier den wiederholt von ihr eingeschärften Satz, daß eine bei ihr anzubringende Nullitätsquerel nicht auf Gründe gestützt werden könne, welche bereits in voriger Instanz geltend gemacht, richterlich geprüft und verworfen seien, weil in solchem Falle von einem Mangel des obergerichtlichen Verfahrens nicht die Rede sein könne, vielmehr nur die Richtigkeit der obergerichtlichen Entscheidung selbst angefochten werde.

Niedergerichtliches Erkenntniß*)
vom 16. Mai 1856.

In combinirten Sachen 1) Herrn Dr. Octavio Schröder als bestellten Staatsanwaldes für Preßprozesse, Anklägers contra Leopold Heckscher, Angeklagten**) pto. Nro. 24 der diesjährigen Reform; 2) desselben Anklägers contra denselben Angeklagten, pto. Nro. 25 der Reform; 3) desselben Anklägers contra denselben Angeklagten pto. Nro. 26 der Reform; 4) desselben Anklägers contra J. F. Richter, als für die Redaction verantwortlichen Verlegers der Reform, Angeklagten pto. Nro. 24 der Reform; 5) desselben Anklägers contra denselben Angeklagten pto. Nro. 25 der Reform; 6) desselben Anklägers contra denselben Angeklagten pto. Nro. 26 der Reform.

---

*) Die betreffenden Paragraphe des durch Rath- und Bürgerschluß vom 20. September 1849 beliebten Preßgesetzes vom 5. Octbr. 1849 lauten:

§ 22. Es ist in jedem Falle dem Gerichte anheim gegeben, auf Geld- oder Gefängnißstrafe zu erkennen. Hat das Gericht auf eine Geldstrafe erkannt und ist der Verurtheilte unfähig, sie zu erlegen, so wird sie in der Art in Gefängnißstrafe umgewandelt, daß 6 ℔ gleich 24 Stunden Gefängniß gelten.

§ 29. Dem dermaligen Fiscal wird, bis zur definitiven Bestellung einer Staatsanwaldschaft, zur Wahrnehmung der Aufrechterhaltung der Vorschriften dieser Verordnung, und zur gerichtlichen Verfolgung von Prozeßvergehen vom Senat, für jeden einzelnen Fall oder im Allgemeinen, aus der Zahl der Hamburgischen immatriculirten Advocaten ein Substitut bestellt.

§ 35. Bis zur definitiven gesetzlichen Bestimmung über das künftige Verfahren in Strafsachen ist das Niedergericht die competente Behörde erster Instanz zur Entscheidung über alle Preßvergehen.

**) Der Angeklagte Heckscher begnügte sich damit, lediglich an das Obergericht zu suppliciren, event. um Verwandlung der Gefängnißstrafe in Geldstrafe bittend — wurde aber abschläglich beschieden und hatte somit keine Gelegenheit, an die dritte Instanz zu gelangen.

I.

Hinsichtlich der in Nro. 24, 25 und 26 der diesjährigen Reform besprochenen Vorfälle ergeben die vom Ankläger beigebrachten polizeilichen Untersuchungs-Acten, die übereinstimmende beeidigte Aussage von 29 Zeugen und verschiedene Protocolle der allgemeinen Armen-Anstalt enthaltend, folgenden Thatbestand.

1. Die unverehelichte F. Tiedemann verstarb am 20sten Februar dieses Jahres, 40 Jahre alt, an der Brustkrankheit, und hinterließ zwei uneheliche Töchter von bald achtzehn und neun Jahren, nebst einem Oheim, welcher namentlich in der letzten Zeit viel bei ihr verkehrte. Nach Aussage dieses Oheims und der Nachbaren war sie seit Jahren dem Trunk ergeben, besaß früher ein gehöriges Mobiliar und ordentliche Betten, hatte jedoch Alles verkauft oder versetzt und das so gelös'te Geld vertrunken. Noch zur Zeit ihres Todes war, außer einer der Tochter überwiesenen Commode, an Mobilien, Küchen- und Hausgeräth Mehreres vorhanden, was damals von dem Oheim theils verkauft, theils verschenkt wurde. Die Mutter, auf Arbeit ausgehend, verdiente noch in der letzten Zeit vor ihrer gegen Neujahr erfolgten Erkrankung täglich 12 Schilling und Beköstigung im Schröderstift, wo seitdem die Arbeit von der älteren Tochter versehen wurde. Die Letztere, welche außerdem einen Wochenlohn von 20 Schilling nebst Frühstück sich erwarb, erklärt die Einnahme, zu welcher auch der Oheim von seinem Verdienst beitrug, für genügend zur Anschaffung des Nothwendigen. Hunger hat die Mutter, nach Aussage ihrer Angehörigen, niemals gelitten; dagegen sah es in ihrer Wohnung stets schmutzig aus, und gingen die Töchter durch Vernachlässigung unordentlich einher. Auch diese erklären, so wenig nach der Mutter Tode, wie vorher, gehungert zu haben; sie wurden zuletzt, wenn auch dürftig, doch genügend bekleidet gefunden, und sahen, ungeachtet ihrer unreinlichen Gewöhnungen, wohlgenährt, frisch und gesund aus.

Als die Tiedemann am 12. Januar dieses Jahres von der Allgemeinen Armen-Anstalt Krankenpflege erbat und erhielt,

begab sich der Armenpfleger des Quartiers ungesäumt zu ihr und bewirkte, daß sie das von ihm bewilligte Armenbett noch an demselben Tage erhielt, vorbehältlich der Bestätigung, welche ordnungsgemäß erst später erfolgen konnte. Außerdem empfing sie während der bis zu ihrem Tode folgenden fünf Wochen im Ganzen 9 ℔ 8 ß an Krankengeld und provisorischer Unterstützung, 12 Suppenzeichen und nach Aussage der Tochter „oftmals“ Feuerung. Die Tochter und die mitpflegende Nachbarin erklären, daß der Armenarzt bei der Kranken gewiß nichts versäumt, daß er sie in der letzten Zeit täglich besucht, sie gewissenhaft, freundlich („nett“) und aufmerksam behandelt habe. Von dem Vorschlage, die Patientin nach dem Krankenhause schaffen zu wollen, mußte er abstehen, weil sie sich dawider sträubte. Die Bewilligung der erst später gewünschten Bettstelle, so wie des von dem Pfleger unaufgefordert und ohne ihr Vorwissen ausweise der Protocolle für sie beantragten festen Armengeldes erlebte sie aber nicht mehr.

Auf die Nachricht von ihrem Tode (dem 20sten Februar) erschien bereits an demselben Vormittage mit dem Arzt auch der Armenpfleger in der Wohnung und ordnete die unentgeltliche Beerdigung an. Er schenkte dem Oheim auf dessen Bitte das Armenbett, gab den Töchtern eine Geldunterstützung, wies das erwachsene Mädchen an, sich einen Dienst zu suchen und erklärte zugleich, daß er für die jüngere durch Unterbringung abseiten der Armen-Anstalt sorgen werde. Eine sofortige provisorische Versorgung des Kindes außerhalb der Wohnung erschien unnöthig, weil zu dessen Aufsicht die erwachsene Schwester und der Oheim anwesend waren, welcher auch in den ersten Tagen für Kost und Geld gesorgt zu haben angiebt. Dagegen wandte sich der Pfleger noch am Todestage in dieser Angelegenheit an seinen Vorsteher, welcher, weil die übrigen Anträge, mit Einschluß des bereits auf freie Schule gestellten, durch den Todesfall erledigt waren, die Unterbringung der jüngeren Tochter durch den dafür zuständigen Vorsteher beantragte, was auch am folgenden Tage (21. Februar) durch Beschluß der Deputation genehmigt ward.

An diesen Vorsteher wandte sich während der nächsten Tage die Frau, welche, nachdem beide Töchter für die erste Nacht ein Unterkommen bei Nachbarn erhalten hatten, das Kind einstweilen zu sich nahm, mit der Bitte: ihr das Kind zu denselben Bedingungen zu lassen, für welche auch anderweitig die Kostkinder der Armen-Anstalt bereitwillig übernommen werden. Nach näherer Erkundigung und Besorgung des Taufscheines wurde ihr durch den Vorsteher am 28. Februar das Kind förmlich übergeben, mit den für dasselbe bestimmten Kleidungsstücken und mit der Erklärung: das Kostgeld werde vom 22. Februar, als dem Tage der vorläufigen Annahme, berechnet; die Armen-Anstalt sorge für Schulunterricht und ärztliche Behandlung; auch alles sonst etwa Nöthige sei in diesem wie in jedem solchen Falle auf Verlangen bei dem Vorsteher zu erhalten. — Die Pflegemutter will ihr Vorgeben, als hätte der Armenpfleger erklärt, daß sie keine sonstigen Sammlungen für das Kind zu veranstalten brauche, als Vorwand benutzt haben, um dadurch die zudringliche Einmischung und die neugierigen Fragen eines Unberufenen abzuwehren.

2. Der frühere Arbeitsmann N. Holzt, 74 Jahre alt, durch einen früheren auf dem Krankenhause geheilten Beinbruch keineswegs gelähmt, im Genusse einer festen Pension von 200 Mark jährlich und, nach übereinstimmenden Aussagen mehrerer Zeugen, dem Trunke in Wirthschaften ergeben, lebt in wilder Ehe mit einer Frau, welche, eben so wie eine erwachsene uneheliche Tochter, im Allgemeinen arbeitsfähig und nur zeitweilig durch eine nicht erhebliche Krankheit an eigenem Verdienst gehindert war. Unter Verheimlichung jener gesicherten Pensions-Einnahme an den Armenboten und den Pfleger erlangte diese Familie außer unentgeltlicher ärztlicher Behandlung im Februar dieses Jahres von dem Armenpfleger eine vierwöchentliche provisorische Unterstützung von 12 bis 16 Schillingen. Der Armenarzt, welcher die Familie schon mehrfach kurirt hatte und auch diesmal, nach Aussage des Vaters, die an einem Magencatarrh leidende Tochter „ordent-

lich und gut behandelte," so daß sie schon Anfang März genesen war, besuchte dieselbe so oft er es für nöthig erachtete, unter Anderem (vor dem 1. März) in acht Tagen dreimal; er hat sich auch, nach der Aussage Unbetheiligter, durchaus nichts zu Schulden kommen lassen.

II.

Für die rechtliche Beurtheilung der von dem Ankläger gestellten Strafanträge kommen folgende Punkte in Betracht:

1) Das Namens der Angeklagten versuchte Bestreiten der klägerischen Legitimation zu der hier erhobenen Procedur beruhet auf einer Verwechselung zwischen Vollmacht und verpflichtendem Auftrage. Der Ankläger ist durch § 29 des Preßgesetzes und durch das ihn denominirende, dem Gericht zugestellte Conclusum E. H. Rathes zur gerichtlichen Verfolgung von Preßvergehen legitimirt, ohne daß diese gesetzliche Vollmacht Beschränkungen enthielte, wie sie z. B. der Art. 4 des Hauptrecesses aufstellte. Eine andere Frage ist es, ob und welche Instruction er für die Art jener Verfolgung im einzelnen Falle erhalten haben mag; für die Einhaltung einer solchen Weisung würde er nur dem Auftraggeber, nicht aber der Gegenparthei und dem Gerichte verantwortlich sein.

2) Aus einer Vergleichung des obigen Thatbestandes mit den Artikeln in Nr. 24 bis 26 der Reform ergiebt sich: daß in letzteren die Bedürftigkeit beider dort bezeichneten Familien bei Weitem übertrieben und, auch abgesehen von dem Grade, in welchem sie eine selbstverschuldete war, in einzelnen Punkten erdichtet wurde; ferner, daß die Darstellung eine ungemein große Zahl von factischen Unwahrheiten und Entstellungen der Thatsachen enthält. Wenn sodann die Allgemeine Armen-Anstalt überhaupt und die fungirenden Vorsteher, Pfleger und Armenärzte persönlich einer Härte und indolenten Saumseligkeit beschuldigt werden, die in ihrer Stellung als Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten erscheinen mußte, so

genügt es zwar schon, daß die Angeklagten diese Angriffe in keiner Beziehung zu rechtfertigen vermocht haben. Ueberdies aber hat die erschöpfende Voruntersuchung mit Evidenz das Resultat herausgestellt: daß gerade den Familien Tiedemann und Holzt diejenige Liberalität, welche die gesetzlichen und durch Erfahrung bewährten Grundsätze der öffentlichen Armenpflege gestatten, in vollem Umfange zu Theil geworden, so wie daß von sämmtlichen Mitgliedern der Armenordnung dabei mit einer Pünktlichkeit und Raschheit verfahren wurde, welche kaum in jedem Falle durchführbar sein kann, wo einer durch Trunksucht und illegale Verbindungen erzeugten oder genährten Bedürftigkeit abgeholfen wird.

3) Gegen den Angeklagten Heckscher als Verfasser der vorliegenden Artikel ist es in subjectiver Hinsicht entscheidend, daß er in ihnen eine Reihe von Behauptungen und Beschuldigungen vorbrachte, deren Rechtswidrigkeit nur durch das Bewußtsein aufgehoben sein würde, ihre Wahrheit durch überzeugende Beweise vertreten zu können. Auch hat er nicht etwa ihm aus glaubwürdiger Quelle mitgetheilten Nachrichten als ein Gerücht weiter verbreitet, für welches er im Stande wäre, seinen Gewährsmann zu sistiren und diesem die weitere Verantwortung zu übertragen. Hiernach erscheint es für seine Entschuldigung ganz unerheblich, daß er von dritten Personen Notizen gehört haben will, die ihm theilweise den Stoff für seine Darstellung geliefert hätten, für deren Richtigkeit der Concipient den Lesern einstehen zu können ausdrücklich und wiederholt versichert. Dagegen lehren die Acten, daß Heckscher nicht allein die nahe liegende Aufforderung, sich vor seinen Berichten an das Publikum auf zuverlässigem Wege zu unterrichten, leichtsinnig verschmähet, sondern in der That wider besseres Wissen geschrieben hat, indem schon am 24sten Februar (vor dem Abdruck des ersten Artikels) die Unterredung mit der Tiedemannschen Tochter und der Pflegemutter ihn von der Grundlosigkeit seines späteren Vorbringens überführt hatte.

4) Die Strafbarkeit der fraglichen Artikel folgt zwar nicht aus dem vom Ankläger gleichfalls angeführten § 18 des Preßgesetzes, weil ihr Inhalt nicht für den Staat im Verhältniß zu anderen Staaten nachtheilig oder die öffentliche Sicherheit gefährdend ist. Unstreitig aber wird sie durch den § 15 des Gesetzes begründet, sofern Vorsteher, Pfleger und Aerzte der allgemeinen Armen-Anstalt, wie auch diese Anstalt überhaupt in ihrer amtlichen Thätigkeit durch unwahre und entstellte Thatsachen angegriffen sind. Daß jene Personen als Mitglieder einer Hamburgischen Behörde zu betrachten seien, ist nach unserem Staatsrecht nicht zweifelhaft. Ein gesetzmäßiger Schutz gegen derartige Angriffe gebührt von Rechtswegen denjenigen, die mit uneigennütziger, mühevoller und zeitraubender Thätigkeit ein bürgerliches Officium im Interesse des hülfsbedürftigen Theiles der Bevölkerung verwalten. Erschwert wird die Strafbarkeit des Verfassers Heckscher noch durch die seinem Artikel gegebene Ueberschrift: „Hamburgische christliche Armenpflege," weil dadurch, in Verbindung mit dem Inhalt, nicht ein dem Gemeinwohl dienlicher Wetteifer in Bethätigung humaner Gesinnung, sondern der verwerfliche Misbrauch confessioneller Unterschiede als Vorwand für verläumderische und gehässige Herabsetzung von öffentlichen Institutionen sich kundgiebt. — Die Verschuldung des Angeklagten Richter als des für die Redaction verantwortlichen Verlegers der Reform ist in diesem Falle kaum geringer als die des dort ungenannten Verfassers, zumal da Richter in dem geständlich von ihm selbst geschriebenen Satze in Nr. 29 seines Blattes den größten Theil der früheren unwahren Behauptungen sich angeeignet und deren Aufrechthaltung übernommen hat.

5) Für die Strafausmessung ist es gleichgeltend, ob der Staatsanwald die Form gewählt hat, jeden der drei Artikel zum Gegenstand eines abgesonderten, wiewohl gleichzeitigen Antrages zu machen, oder ob er in einer ungetrennten Klageschrift auf Bestrafung von mehrfachen Vergehen angetragen hätte. Da das corpus delicti nicht etwa in einem

ursprünglich zusammenhängenden, nur für den Abdruck und die Publication in verschiedene Nummern des Zeitblattes abgebrochenen Aufsatze bestand, vielmehr durch jede der mehreren zu verschiedenen Zeiten verfaßten Druckschriften eine Contravention selbstständig begangen wurde (§ 11 des Preßgesetzes) so muß nach allgemeinen Grundsätzen (vergl. l. 2. pr. D. de privatis delictis), deren richtige Anwendung auch das Preßgesetz keineswegs ausgeschlossen hat, eine Addition der mehrfach verwirkten Strafen den Ausgangspunkt bilden. Innerhalb dieser Grenze ist auch die Anwendung der strafmindernden Theorie von fortgesetzten Vergehen nicht weiter gerechtfertigt, als es die Berücksichtigung der Einheit des Zweckes welcher wiederholend verfolgt, und des Strafgesetzes, welches dadurch von Neuem übertreten wurde, gestattet. — Als die nach § 22 des Gesetzes vom Gericht zu bestimmende Strafart kann aber dem Ernst dieser Sache und den obwaltenden Umständen nicht eine Geldbuße, sondern auch für den Angeklagten Richter nur eine Freiheitsstrafe angemessen befunden werden.

6) Von der Verurtheilung der Angeklagten in die Prozeßkosten müssen, gegen den Antrag des Anklägers, die Kosten der polizeilichen Untersuchung ausgeschlossen bleiben, theils, weil der gesetzliche Schragen für Preßsachen solche Aufwendungen nicht mit begreift, theils, weil jene Untersuchung nach § 34 des Preßgesetzes nicht im beiderseitigen Interesse unternommen, sondern nur zur Constatirung der vollen Wahrheit auch über Einzelheiten veranlaßt sein kann.

Aus vorstehenden Gründen

erkennt das Niedergericht, unter Combinirung des Protocolles in den oben rubricirten sechs Rechtssachen:

daß in Gemäßheit § 15 des Preßgesetzes der Angeklagte L. Heckscher in eine dreimonatliche, der Angeklagte J. F. Richter in eine zweimonatliche Gefängnißstrafe, so wie jeder der Angeklagten in den Ersatz der ihn betreffenden Prozeßkosten zu verurtheilen, auch der

Angeklagte Richter zu verpflichten sei, das gegenwärtige Erkenntniß nach eingetretener Rechtskraft desselben durch eine der nächsten Nummern der Reform vollständig zu veröffentlichen und daß solches geschehen bei Strafe von fünf Reichsthalern auf der Gerichtskanzlei zu documentiren.

Decret des Obergerichts
vom 27. Juni 1856.

1) Die Legitimation des Dres. D. Schröder als Staatsanwald für die vorliegende Sache betreffend:

daß die an das Niedergericht unter dem 30. Mai d. J. erlassene Requisition, sammt der Erwiderung desselben vom 2. Juni d. J., nebst Anlagen, den Acten beizulegen, auch dem Supplicanten deren Einsicht zu gestatten, und da der Legitimationspunkt des Dris. D. Schröder sich dadurch nach Maaßgabe Art. 29 des Preßgesetzes als vollkommen berichtigt zeigt, auch aus dem Art. 30 desselben Gesetzes überall nicht gefolgert werden mag, daß der Staatsanwald, der ja nach Art. 29 gar nicht für jeden einzelnen Fall angestellt zu werden braucht, einer weiteren Legitimation für die vorliegende Sache bedurfte;

daß diese Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen.

2) Hinsichtlich der Frage: ob das Niedergericht in dem angefochtenen Erkenntnisse, dem Art. 46 des Preßgesetzes zuwider, über die Anträge des Staatsanwalds hinaus gegangen ist;

da zwar der Staatsanwald hier wegen der drei vorliegenden und mit Recht als drei verschiedene und jede abgesondert für sich zu ahndende Gesetzesübertretungen behandelten Preßvergehen nur auf eine Geldstrafe von zusammen 900 ℔ angetragen hat, dem Gerichte aber durch § 22 des Preßgesetzes, ohne daß dabei eines besonderen Antrages des Anklägers erwähnt wird, anheim gegeben ist, in jedem Falle auf Geld- oder auf Gefängniß-

strafe zu erkennen, dasselbe mithin, wenn es auf die Anträge des Staatsanwalds in deren vollem Umfange einging, den Angeklagten nach dem ferneren Inhalt desselben Artikels, wonach 6 ℔ gleich 24 Stunden Gefängniß gelten, unbedenklich zu 150 Tagen Gefängniß zu verurtheilen berechtigt gewesen sein würde, während es nur auf zwei Monate erkannt hat;

daß auch diese Nichtigkeitsbeschwerde als grundlos zu verwerfen;

die weitere Vertheidigung des Supplicanten betreffend, aber:

daß bei der offenbaren Hinfälligkeit der zusammengestellten Defensionsmomente, und da vielmehr die erkannte Freiheitsstrafe auch gegen den Supplicanten in jeder Beziehung vollkommen indicirt war;

das erwähnte niedergerichtliche Erkenntniß vom 10. Mai d. J. lediglich zu bestätigen. Acten sind, nebst einer Abschrift des Decrets, zu remittiren und ist das Supplicatum zu communiciren.

Ober-Appellationsgerichtliches Urtheil
vom 3. Juli 1856.

In Sachen Jacob Ferdinand Richter zu Hamburg, Angeklagtens, jetzt Querulantens, wider den Dr. Octavio Schröder daselbst, als bestellten Staatsanwald für Preßprozesse, Anklägern, jetzt Querulaten, wegen Preßvergehen, jetzt Nichtigkeit betreffend, wird dem Letzteren die von dem Ersteren eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde nebst Procuratur-Vollmacht hierneben in Abschrift zur Nachricht mitgetheilt; und in Erwägung,

daß die Nichtigkeitsbeschwerde beim Ober-Appellationsgerichte, wie dasselbe auch in früheren Rechtssachen immer gleichmäßig ausgesprochen hat, nicht auf Gründe gestützt werden kann, welche bereits in der vorigen In-

stanz geltend gemacht, richterlich geprüft und verworfen sind, weil in solchem Falle von einem Mangel des obergerichtlichen Verfahrens nicht die Rede sein kann, vielmehr nur die Richtigkeit der obergerichtlichen Entscheidung selbst angefochten wird, der unrichtige Inhalt eines Erkenntnisses aber nach der unzweideutigen Vorschrift in § 41 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellationsgericht vom Kreise der daselbst zugelassenen Nichtigkeitsgründe ausgeschlossen ist; und

daß im vorliegenden Falle die beiden aus Art. 30 und Art. 46 des Preßgesetzes vom 5. October 1849 hergenommenen, das Verfahren und die Entscheidung erster Instanz betreffenden Nichtigkeitsgründe, welche den alleinigen Gegenstand der anher erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde bilden, von dem Querulanten nach seiner eigenen Darstellung bereits in gleicher Weise beim Obergericht geltend gemacht, von diesem aber in dem angefochtenen Decret vom 27sten vor. Monats ausdrücklich erwogen und verworfen worden sind,

erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands ohne Weiteres für Recht:

daß zwar die Frist der gegen das Decret des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 27sten vorigen Monats erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde für gewahrt zu achten, die Beschwerde selbst jedoch, wie hiermit geschieht, unter Verurtheilung des Querulanten in die Kosten dieser Instanz, als unstatthaft zu verwerfen, und das mit der Beschwerde verbundene Inhibitionsgesuch als erledigt anzunehmen sei; und soll das Obergericht um Insinuation dieses Erkenntnisses an den Querulaten ersucht werden.

№ 20.

In Sachen **Peters & Hundesser**, Kläger (Anwald Herr **Dr. Aug. Sutor**) contra **G. U. Moller**, in Vollmacht der neuen fünften Assecuranz-Compagnie, Beklagten. (Anwald Herr **Dr. C. Petersen**.)

A. Rechtsfall:

Die Kläger verlangten vom Beklagten, bei dem sie Waaren gegen Seegefahr, unter der Clausel „frei von Beschädigung, ausgenommen im Strandungsfalle," versichert hatten, den Ersatz der Versicherungssumme. Es habe freilich keine Strandung stattgehabt, die Waaren seien aber dermaßen beschädigt worden, daß der Schaden einem Totalverlust gleich zu stellen sei. Sodann verlangten sie Ersatz der theils in solcher Police versicherten Waaren, theils in besonderer Police assecurirter Provision.

Das Handelsgericht erkannte den Beklagten pflichtig, die Versicherungssumme auf die Waaren und die Provision zu zahlen.

Das Obergericht erkannte, unter Verwerfung der Hauptforderung, nur auf einen Theil der Provisionsforderung, und das Ober-Appellationsgericht trat in der Hauptsache dieser Ansicht bei, extendirte aber die Provisionsforderung der Kläger in Gemäßheit der Klage.

B. Rechtssätze:

a) des Handelsgerichtes:

1) Nach Entstehungsgrund, Zweck und Sinn der Clausel „frei von Beschädigung, ausgenommen im Strandungsfalle," hat der Versicherer die partikuläre Havarie selbst dann nicht zu erstatten, wenn diese ihrem ganzen Umfange nach unzweifelhaft von bestimmten Vorfällen der Seereise herrührte.

2) Der Umstand allein, daß die versicherte Waare ihren Bestimmungsort nicht erreicht hat, constituirt nicht einen Totalschaden und berechtigt nicht zum Abandon.

3) Die Annahme eines Totalverlustes setzt nicht unbedingt den gänzlichen physischen Untergang und Verlust der versicherten Waare voraus, vielmehr ist eine Waare, obgleich noch Ueber-

bleibsel von derselben vorhanden sind, als total verloren auch dann zu betrachten, wenn ihre specielle Natur völlig vernichtet und dieselbe dadurch für den Versicherten gänzlich werthlos geworden ist.

4) Der Umstand allein, daß die Ueberbleibsel des versicherten Objectes doch immer noch einigen Geldwerth haben, schließt die Annahme eines Totalverlustes nicht aus.

b) des Obergerichtes:

5) Der Umstand, daß die mit der Clausel „frei von Beschädigung, außer im Strandungsfall,“ versicherten Waaren gänzlich werthlos geworden sind und ihren Bestimmungsort nicht erreicht haben, ist an und für sich nicht als ein dem Versicherer zur Last kommender Totalschaden zu betrachten, weil die Relevanz der Clausel „frei von Beschädigung, außer im Strandungsfall,“ ganz unabhängig ist von der Größe des durch eine Beschädigung der mit dieser Clausel versicherten Waare dem Versicherten erwachsenden pecuniären Schadens.

c) des Ober-Appellationsgerichtes:

6) Wenn in erster Instanz im endlichen Resultate günstig für eine Parthei erkannt ist, da schadet es ihr nicht, wenn sie eine ungünstige Entscheidung über einzelne ihrer Angriffs- oder Vertheidigungs-Mittel ihrerseits nicht anficht, vielmehr kann sie, wenn in zweiter Instanz auf Appellation des Gegners eine im Resultat ihr ungünstige Entscheidung erfolgt, bei ihrer Appellation an die dritte Instanz auf jene Angriffs-, resp. Vertheidigungs-Mittel wieder zurückkommen.

7) Die vielfältig in Hamburger Sachen vorgekommene Ansicht, daß man verpflichtet sei, wegen derartiger, materiell durch das Vorhandensein einer andern Entscheidung bedeutungslos gewordener Entscheidungen, selbstständig ein Rechtsmittel zu ergreifen, ist ebenso irrig, wie die Ansicht, daß man zur Conservirung reviviscirender Beschwerden selbstständig zu appelliren verbunden sei.

8) Die Frage, ob die Clausel „außer im Fall der Strandung“ analog ausgedehnt werden könne auf andere Unfälle, welche als eben so schwer, oder schwerer wie der in jenen Worten ausdrücklich bezeichnete sich herausstellte, ist zu verneinen, und anzunehmen, daß nur ein Strandungsfall eine Verpflichtung der Versicherer, welche mit der Clausel gezeichnet haben, begründe.

9) Ausnahmen von einer Regel sind strict zu interpretiren, wenn sich nicht ein weiter gehender Wille der Paciscenten nachweisen läßt.

10) Eine wahre Vernichtung (s. g. effectiver Total-Verlust) ist nur dann vorhanden, wenn ein Gegenstand aufgehört hat zu existiren, gleichgültig, ob er blos untergegangen oder umgeschaffen, d. h. in einen neuen Gegenstand übergegangen ist, oder, wenn der Gegenstand in eine Lage gebracht ward, welche ihn der Disposition seines Herrn bleibend entzieht.
11) Eine fingirte Vernichtung (s. g. constructiver Totalverlust) deshalb anzunehmen, weil eine Waare ihren Bestimmungsort nicht erreicht, und unverschiffbar, so wie durch längere Aufbewahrung dem gänzlichen Verderben ausgesetzt, in einem Zwischenhafen habe verkauft werden müssen, ist nach Hamburgischen Rechte unzulässig.
12) Bei Anwendung der Clauseln „frei von Leckage" und „frei von Bruch," die sich zu der vorhin besprochenen wie die species zum genus verhalten, kann ohne Zweifel im Falle gänzlichen Auslaufens und gänzlichen Zerbrechens der versicherten Gegenstände kein Anspruch gegen die Versicherer erhoben werden.
13) Im Allgemeinen Plan wird unter Schaden jede Beschädigung verstanden.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (zweite Kammer) vom 19. April 1854.

Da der Beklagte nach § 62 des Allgemeinen Plans die Kläger wegen ihres Schadens nicht an den Schiffer verweisen kann,

der Erstere auch mit Recht unbestritten läßt, daß er an und für sich und abgesehen von den speciellen Bedingungen der Police, für die in Rede stehende Beschädigung der versicherten Waaren durch Würmer aufzukommen hat,

es sich demnach nur frägt, ob der Beklagte bei der mit der Clausel „frei von Beschädigung, ausgenommen im Strandungsfall," geschlossenen Versicherung im vorliegenden Fall, obgleich eine Strandung des Schiffes nicht stattgehabt, dennoch für eine Beschädigung der versicherten Waaren aufzukommen habe, so wie, ob der fragliche Schaden als ein Totalverlust zu betrachten sei,

da nun — so viel die erste Frage betrifft — der von den Klägern geltend gemachten, früher bekanntlich von sehr nam-

hafter Autorität aufgestellten Ansicht, daß nämlich nach Entstehungsgrund, Zweck und Sinn der Clausel: „frei von Beschädigung, ausgenommen im Strandungsfall" der Versicherer troß derselben auch die particulaire Havarie dann zu erstatten habe, wenn diese ihrem ganzen Umfang nach unzweifelhaft von bestimmten Unfällen der Seereise herrühre — eine Auffassung, welcher übrigens noch im Jahre 1846 das Handelsgericht bei der in dieser Beziehung ganz analogen Stoßclausel im Erkenntniß Bödeker contra Buek gefolgt ist — deshalb nicht beigetreten werden kann, weil in consequenter Verfolgung der dieser Ansicht zu Grunde liegenden Principien die Wirksamkeit der fraglichen Clausel nicht nur auf die Fälle der Seegefahr, im engsten, im topischen Rechte gar keine Geltung findenden Sinne zu beschränken, sondern selbst auf diesem Gebiet überall da auszuschließen sein würde, wo ein noch schwererer Seeunfall als eine Strandung eingetreten, die Clausel also, abgesehen von jener ersten Beschränkung, auch noch so zu verstehen sein würde, als wenn sie „frei von Beschädigung, ausgenommen, wenn wenigstens ein Strandungsfall eingetreten," lautete,

gegen solche Interpretation aber — auch ganz abgesehen vom § 93 des Allgemeinen Plans, dessen präciser Fassung gegenüber dieselbe jedenfalls völlig unhaltbar erscheint — die gewichtigsten Bedenken schon aus der Erwägung sich erheben, daß einerseits die Milderung der in der fraglichen Clausel allerdings liegenden Härte in der Praxis auf dem Wege der seit Einführung der Clausel in Hamburg allmählig stattgehabten Erweiterung des Begriffs eines Strandungsfalls erfolgt ist, wodurch eine analoge Ausdehnung der in der Clausel enthaltenen Ausnahme von selbst ausgeschlossen erscheint, andererseits aber solche Ausdehnung auch in England, wo die fragliche Clausel schon früher als in Hamburg üblich war, so viel bekannt, keinerlei Vorgang findet,

da demnach bei der stricten Interpretation des § 93 des Allgemeinen Plans, unter Berücksichtigung der schon aus dem frühern Wortlaut der fraglichen Clausel, so wie der aus

§ 103 des Allgemeinen Plans sich ergebenden Ausnahme stehen zu bleiben ist,

da — betreffend die zweite Frage — der Umstand allein, daß die versicherte Waare ihren Bestimmungsort nicht erreicht hat, allerdings einen Totalschaden nicht constituirt und nicht zum Abandon berechtigt, wie sich unzweifelhaft aus § 11 b und § 119 des Allgemeinen Plans ergiebt,

dagegen die Annahme eines Totalverlustes nicht unbedingt den gänzlichen physischen Untergang und Verlust der versicherten Waare voraussetzt, vielmehr eine Waare, obgleich noch Ueberbleibsel von derselben vorhanden sind, als total verloren auch dann zu betrachten ist, wenn ihre specielle Natur völlig vernichtet und dieselbe dadurch für den Versicherten gänzlich werthlos geworden ist;

im vorliegenden Falle nun die per Scandia verladenen, mit der Clausel: „frei von Beschädigung, ausgenommen im Strandungsfall" versicherten Waaren ausweise des in Hongkong aufgenommenen Besichtigungs-Protocolls nicht allein als not merchantable befunden und ausgesprochen ist, daß dieselben als präjudicirlich für andere Waaren gar nicht wieder verladen werden konnten, sondern auch in dem demnächst stattgehabten öffentlichen Verkauf ausweise der Dispache ein Netto-Provenü von nur Bco.℔ 5 auf Bco.℔ 5950 ergaben,

auch aus den Beilagen zur Dispache sich ergiebt, daß dieses Provenü von Bco.℔ 5 allein auf die in der Dispache mit den Perlen gemeinschaftlich verrechneten 1 Kiste Federposen und 6 Fässer Kreide, auf welche es nicht einmal 2 pCt. ausmacht, sich ergeben hat, während auf die 13 Kisten Perlen ein Netto-Provenü sich überall gar nicht herausstellt,

bei einer Waare aber, die in Folge der Seegefahr, welcher sie ausgesetzt wurde, so werthlos geworden, daß der Schaden mehr als 98 oder gar volle 100 pCt. beträgt, es schon an und für sich sehr nahe liegt, dieselbe, selbst wenn ihre Substanz noch vorhanden ist, nicht bloß als beschädigt, sondern als gänzlich zerstört, das heißt als diejenige Waare, als welche sie bei der Versicherung bezeichnet wurde, nicht mehr existent

zu betrachten, wie denn auch der Ausdruck: „not merchantable“ nicht wohl anders als in diesem Sinne verstanden werden kann, während schon aus § 42 des Allgemeinen Plans, nach welchem, bei einer ausdrücklich gegen Totalverlust geschlossenen Versicherung, schon ein Schaden von mehr als 98 pCt. die Zahlungsverbindlichkeit des Versicherers zur Folge hat, hervorgeht, wie der Umstand allein, daß die Ueberbleibsel des versicherten Objects doch immer noch einigen Geldwerth haben, die Annahme eines Totalverlustes auszuschließen nicht geeignet ist,

da es hienach im vorliegenden Fal' um so weniger bedenklich erscheint, den fraglichen Schaden für einen Totalverlust zu erklären, als die Waare wegen des gänzlich verdorbenen Zustandes, in welchem sie in Hongkong ankam, weder daselbst gelagert, noch überall wieder verladen werden konnte, also für die Versicherten jedenfalls gänzlich verloren ist,

da ein gleiches Resultat bei den per Lima verladenen Waaren sich nicht ergiebt, indem diese vielmehr ein Provenü von fast 14 pCt. ausgetragen haben,

Da endlich — die Provision betreffend — dieselbe in beiden Policen mit der ausdrücklichen Bedingung versichert ist „auf Güter, die im Schadensfall ihren Bestimmungsort nicht erreichen, als Totalverlust zu ersetzen,“ dieser Zusatz aber völlig überflüssig sein würde, falls mit demselben nichts Anderes gesagt sein sollte, als was schon der § 107 des Allgemeinen Plans enthält, überdies aber auch der Umstand, daß in beiden Policen promiscue Provision auf solche Güter versichert ist, auf welche der Beklagte gleichzeitig gezeichnet hat und auf solche Güter, auf die derselbe nicht gezeichnet hat, dahin führen muß, den Klägern die versicherte Provision, auch unabhängig von der Frage, ob der Schaden auf die Waare selbst den Beklagten treffe, zuzusprechen,

daß der Beklagte die auf die Waaren per Scandia geforderten Bco.℔ 6715. 7 ß, sowie die auf die Waaren per Lima eingeklagte Provision mit Bco.℔ 221. 13 ß sammt Zinsen vom 15. März dieses Jahres und den

Dispachekosten den Klägern innerhalb acht Tage sub poena executionis zu bezahlen habe, die Prozeßkosten aber zu compensiren seien.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 10. Juli 1854.

Da der Umstand, daß die mit der Clausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" versicherten Waaren per Scandia gänzlich werthlos geworden sind und ihren Bestimmungsort nicht erreicht haben, nach § 119 des Allgemeinen Plans hamburgischer Seeversicherungen vom Jahre 1847 und § 121 daselbst als ein dem Versicherer zur Last kommender Totalschade an und für sich nicht zu betrachten ist, weil die Relevanz der Clausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" ganz unabhängig ist von der Größe des durch eine Beschädigung der mit dieser Clausel versicherten Waare dem Versicherten erwachsenden pecuniären Schadens, wie denn z. B. auch durch einen ohne Strandung entstandenen Leck eine leicht verderbliche Waare gänzlich zerstört oder wegen Seebeschädigung im Nothhafen, ohne einen Ertrag zu bringen, verkauft werden kann, wobei gleichwohl der Schade den Versicherer überall nicht trifft; da die Frage, ob die Bedingung: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" auch im vorliegenden Falle den Assecuradeur schützen kann, in gegenwärtiger Sachlage als rechtskräftig zu Gunsten des Beklagten entschieden zu betrachten ist, indem das handelsgerichtliche Erkenntniß, selbst abgesehen von den, übrigens die Elemente des decisi enthaltenden und daher der Rechtskraft fähigen Entscheidungsgründen, eine Verwerfung aller Ansprüche der Kläger, insofern dieselben aus der besonderen Natur der Beschädigungs-Ursache entnommen werden sollte, enthält; da, wenn der Beklagte somit durch den Schaden oder Untergang der Waare nicht betroffen wird, er auch für die auf diese Waaren versicherte Provision nach § 107 des Plans nicht haftet, während

hinsichtlich der Provision für nicht versicherte Waaren die Bedingung der Police gegen den Beklagten entscheidet,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 19ten April dieses Jahres, soweit es angefochten worden, dahin abzuändern: daß der Beklagte nur die pag. 30 des Appellations-Libells erwähnte Provision von zusammen Bco.₰ 246.2 ß, nebst Zinsen vom 15. März d. J., an die Kläger zu bezahlen schuldig, übrigens aber von der Klage zu entbinden. — Die Kosten auch dieser Instanz werden compensirt, und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 12. Juli 1856.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichtes der freien Hansestadt Hamburg vom 10. Juli 1854 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern, daß Beklagter den Klägern den Provisionsrest von Bco.₰ 746.2 ß, nebst Zinsen vom 15. März 1854 zu zahlen verbunden sei, und wird nunmehr, unter Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz, die Sache an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I. Die Kläger vermeinen die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung des Taxwerthes der mit der Clausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle“ versicherten Waaren aus einem doppelten Grunde ableiten zu können. Sie verneinen das Vorhandensein einer Beschädigung, und sie behaupten das Vorhandensein eines der Strandung gleichstehenden Ausnahmefalles.

A) In letzterer Beziehung konnte nun zwar dem vorigen Urtheil darin nicht beigepflichtet werden, wenn dasselbe die

materielle Prüfung des Verpflichtungsgrundes um deswillen für ausgeschlossen erachtet hat, weil solcher rechtskräftig verworfen sei. Denn es war den Klägern nicht anzusinnen, ein Rechtsmittel wider die in dem ersten Urtheil ausgeführte Verwerflichkeit gedachten Verpflichtungsgrundes zu ergreifen, da gedachtes Urtheil den zweiten Grund für die Verurtheilung der Beklagten anerkannt hat, und ein Rechtsmittel, mittelst dessen die Kläger die Anerkennung aus dem ersten Grunde zu erwirken sich bemüht hätten, materiell ohne Inhalt gewesen sein würde. Sobald aber der zweite Richter die Verwerflichkeit des Grundes aussprach, auf welchen der erste Richter die Verurtheilung der Beklagten gestützt hatte, trat für den zweiten Richter die Berechtigung und die Verpflichtung ein, den verworfenen Grund einer erneueten Prüfung zu unterziehen, und die Kläger sind befugt, auch diesen Grund in dritter Instanz von Neuem zur Entscheidung zu bringen. Auch hat das Ober-Appellationsgericht in Gemäßheit dieser Grundsätze in neuerer Zeit wiederholt erkannt, und an dem Grundsatz festgehalten, da, wo in erster Instanz im endlichen Resultate günstig für eine Parthei erkannt ist, schadet es ihr nicht, wenn sie eine ungünstige Entscheidung über einzelne ihrer Angriffs- oder Vertheidigungs-Mittel ihrerseits nicht anficht, vielmehr kann sie, wenn in zweiter Instanz auf Appellation des Gegners eine im Resultat ihr ungünstige Entscheidung erfolgt, bei ihrer Appellation an die dritte Instanz auf jene Angriffs- resp. Vertheidigungs-Mittel wieder zurückkommen. Es muß daher die in Hamb. Sachen nicht selten

vergl. Allgem. Versicherungs-Gesellschaft zu Triest wider Marg. Maas — April 1856 —

wahrgenommene Ansicht, daß man verpflichtet sei, wegen derartiger, materiell durch das Vorhandensein einer anderen Entscheidung bedeutungslos gewordener Entscheidungen selbstständig ein Rechtsmittel zu ergreifen, um sich solches für den Fall, daß jene anderen Entscheidungen abgeändert werden sollten, zu erhalten, für eben so irrig erachtet werden, wie die Ansicht,

daß man zur Conservirung revivisciren der Beschwerden selbstständig zu appelliren verbunden sei;

vergl. Marty & Cons. c. Dutton — 14. Decbr. 1854 zu Ende der Entsch. Gr. —

Von einer Rechtskraft auf Grund von zwei gleichförmigen Entscheidungen über die gedachte Frage läßt sich eben so wenig reden, da das Obergericht aus dem gedachten formellen Grunde sich über die Beantwortung der Frage nicht ausgesprochen hat.

Der Grund selbst aber, daß der vorliegende Fall noch schwerer sei, als ein Strandungsfall, welcher hier nicht vorliegt, oder an Bedeutung solchem gleichstehe, und um deswillen Ersatz geleistet werden müsse, war zu verwerfen. Denn die Frage, ob der Fall der Strandung bei der in Rede stehenden im § 93 des Allgemeinen Plans erwähnten Clausel nur beispielsweise genannt, ob mithin eine analoge Ausdehnung auf Fälle, welche als eben so schwer oder schwerer wie der gedachte sich herausstellen, gestattet sei, mußte in Beihalt der Geschichte dieses Artikels

Bedingungen von 1800, § 22,
Archiv für d. Handelsr. Bd. 2, S. 60, flg. S. 570,
Jurist. Abhandl. Bd. 1, S. 65, 67, 70, not. 11,
Pöhls Handelsr. Bd. 4, S. 252, 328 flg.
Ober-Appellationsgerichtliches Urth. in S. Arnemann c. Gerling, 27. April 1846,
(Auffm Ordt) Entw. zum Allgem. Plan, § 90,

verneint und angenommen werden, daß nur ein Strandungsfall, wie solcher in § 93 des Näheren definirt ist, eine Verpflichtung der Versicherer, welche mit dieser Clausel gezeichnet haben, begründe. Denn

1) nach allgemeinen Grundsätzen der Auslegung sind Ausnahmen von einer Regel strict zu erklären, wenn sich nicht ein weiter gehender Wille der Paciscenten nachweisen läßt. So sehr man also auch berechtigt ist, die ausgesprochene Ausnahme in der vollen Bedeutung des Wortes zur Anwendung zu bringen, über dasselbe hinauszugehen und gleichartige Fälle eben so wie den genannten zu behandeln, dazu müssen be-

sondere Gründe vorliegen. An solchen fehlt es aber in der gegenwärtigen, nach den Bedingungen des Allgemeinen Plans geschlossenen Versicherung nicht nur gänzlich, sondern es spricht auch

2) der § 93 der Bedingungen, welcher vorschreibt, daß der Versicherer nur dann die Beschädigung des versicherten Gegenstandes zu vergüten habe, wenn das Schiff gestrandet sei, mit klaren Worten gegen die Zulässigkeit analoger Ausdehnung diese klaren Worte auf dem Wege der Interpretation zu beseitigen und einem s. g. höherem Princip zu gefallen in gleich schweren oder schwereren Fällen als die Strandung ist, eine Verpflichtung der Versicherer anzuerkennen, muß aber um so bedenklicher erscheinen, als

3) bei der Fassung des gedachten Paragraphen nicht minder wie der Bestimmung von § 86 Abs. 2 es offenbar die Absicht gewesen ist, die Schwankungen, welche das Richterermessen in Beurtheilung der einzelnen Fälle nothwendig mit sich führt, abzuschneiden, und dem Versicherer wie dem Versicherten den Fall deutlich zu bezeichnen; in welchem Jener zu haften und Dieser Entschädigung zu erwarten habe. Auch liegt darin keine Härte für Letzteren. An sich haftet der Versicherer nach § 38 für alle auf der Reise den versicherten Gegenstand betreffenden Unglücksfälle, gleichgültig, ob sie dessen Vernichtung oder dessen Beschädigung zur Folge haben. Er kann die letztere durch Clauseln ausschließen, entweder absolut, § 42, oder mit gewissen Ausnahmen, durch welche alsdann eine Rückkehr zu der ursprünglichen Regel herbeigeführt wird. Nach der Zahl der Ausnahmen richtet sich natürlich die Prämie, und es wäre daher eine Unbilligkeit gegen die Versicherer, welche mittelst der Clausel des § 93 die Grenzen der von ihnen übernommenen Gefahr genau bezeichnet, und in Folge dessen eine geringere Prämie bedungen haben, noch andere Unglücksfälle ihnen zur Last zu bringen, für welche sie nur gegen höhere Prämie versichert haben würden. Anlangend sodann

B) die Frage, ob auf Grund einer Beschädigung den Beklagten die Verpflichtung treffe, den vorliegenden Unfall zu

vergüten, so würde diese Frage alsdann zu bejahen sein, wenn man den Ausdruck nicht seiner Wortfassung nach allgemein zu verstehen hätte, sondern nach Veranlassung und Zweck der Clausel den Versicherer auch außer dem Strandungsfalle für einen seinem ganzen Umfange nach offenbar von speciellen bestimmten Unfällen der Seereise herrührenden Schaden verantwortlich erachten sollte.

Jurist. Abhandl. Bd. I. Nr. IV. § 17, S. 84, 85.

Allein wie sehr auch immer diese Auffassung der bei Entstehung der Clausel beigelegten Bedeutung entsprochen haben mag, nach dem Allgemeinen Plan kann von solcher kein Gebrauch gemacht werden. Denn derselbe erklärt den Versicherer außer dem Strandungsfalle nur für die in große Havarie fallende, § 86, und die durch Feuer, § 103, verursachte Beschädigung verpflichtet und schließt hiedurch den durch sonstige ähnliche, auf der See sich ereignende ungewöhnliche Unfälle, zu denen unstreitig der in Rede stehende gerechnet werden mußte, entstandenen Schaden aus, indem sämmtliche für die stricte Erklärung des Wortes „Strandungsfall" angeführte Gründe auch in dieser Richtung zutreffen. Nimmt man aber „Beschädigung" in der generellen Bedeutung, so stellt das Verlangen der Kläger sich als völlig unhaltbar heraus. Denn wenn man

1) den Ausdruck als Gegensatz von Verdorbensein aufzufassen haben sollte, so daß es darauf ankäme, ob die Waare noch einen Werth hätte, oder völlig entwerthet wäre, so würde selbst dieser Standpunkt kein den Klägern günstiges Resultat liefern. Als Werth der Waare ließe sich nämlich alsdann, wie der Beklagte in jetziger Instanz mit Recht hervorgehoben hat, nur deren Brutto-Ertrag ansehen, und dieser beläuft sich selbst bei den Perlen, wenn man den in der Auction erzielten Preis, unter Abzug der durch solche veranlaßten Kosten, berücksichtigt auf mehr als 2 pCt., welche arg. § 42 des Allgemeinen Plans als Grenze zwischen völliger Entwerthung und Verschlechterung einer Waare angesehen werden müssen.

2) Eben so wenig steht den Klägern der Ausdruck zur Seite, wenn Beschädigung als Gegensatz von Vernichtung aufgefaßt wird. Denn

a) eine wahre Vernichtung (der s. g. effective Total-Verlust) ist nur dann vorhanden, wenn ein Gegenstand aufgehört hat zu existiren, gleichgültig, ob er bloß untergegangen oder umgeschaffen, d. h. in einen neuen Gegenstand übergegangen ist, oder, wenn der Gegenstand in eine Lage gebracht ward, welche ihn der Disposition seines Herrn bleibend entzieht. Der letzte Fall liegt nicht vor; der erste eben so wenig. Bleibt man nämlich bei dem Wortlaut der Versicherung stehen, wonach Perlen, nicht Perlen-Schnüre, deren Gegenstand bilden, so wäre die Vernichtung der Schnüre für die Perlen, welche erhalten sind, bedeutungslos. Nimmt man an, daß Perlen-Schnüre versichert seien, so läßt sich nach Vernichtung der Schnüre noch nicht annehmen, daß der Gegenstand der Versicherung eine wesentlich neue Form erhalten habe. Denn, abgesehen von der Möglichkeit einer Wiederherstellung der Schnüre, ließe sich selbst dann, wenn solche sich als unmöglich herausstellen sollte, noch nicht behaupten, daß nach Zerreißung der Fäden ein seiner Form nach neuer Gegenstand geschaffen sei, da ein Hauptbestandtheil der früheren Form keine Veränderung erlitten hat.

b) Eine fingirte Vernichtung (den s. g. constructiven Total-Verlust) um deswillen anzunehmen, weil die Waare ihren Bestimmungsort nicht erreicht und den betreffenden Attesten zufolge unverschiffbar, so wie durch längere Aufbewahrung dem gänzlichen Verderben ausgesetzt, in einem Zwischenhafen habe verkauft werden müssen, war nach den Grundsätzen des Hamb. Rechts unzulässig. Denn dieses kannte schon früher die Zulässigkeit eines Abandons nur in den beiden in § 119 und § 120 des Allgemeinen Plans hervorgehobenen Fällen. Der des § 119, von dessen Anwendung hier allein die Rede sein könnte, trifft aber in dem vorliegenden Falle um deswillen nicht zu, weil in dessen Inhalt, welcher sonst im Wesentlichen den von Art. 5 und 6 der Assecuranz- und Havarie-

Ordnung von 1731 Tit. 11 wiedergiebt, die Worte „so wie auch dargethan, daß dieser Schaden überall zur Verantwortlichkeit des Versicherers sei," aufgenommen worden sind. An einem derartigen Beweise fehlt es in dem vorliegenden Falle, und von einer Fiction der Vernichtung wegen Nothwendigkeit eines Verkaufes im Zwischenhafen kann daher nicht die Rede sein. Gerade in diesem Hauptpunkt aber ist der vorliegende Fall von der in jetziger Instanz von den Klägern in Bezug genommenen, von dem Ober-Appellationsgerichte unterm 30sten November 1849 endlich entschiedenen Lübeckischen Sache,

Seeassecuranz-Verein von 1838 wider H. G. Plitt und Sohn,

in welcher noch nicht nach dem Allgemeinen Plan von 1847 gezeichnet war, wesentlich verschieden. — Dem Obigen zufolge erscheint eine Erörterung darüber, ob im vorliegenden Fall der Abandon ausgeschlossen sei, weil die in Rede stehenden Waaren nicht unter die Rubrik der leicht verderblichen fielen, und ebenso darüber, ob solches um deswillen der Fall sei, weil das Schiff, in welches sie geladen, weder gestrandet, noch aufgebracht, noch angehalten sei — welche Fälle in § 119 ohne das im Art. 5 cit. vorkommende „z. B." genannt sind — unnöthig, und ein Eingehen auf die in Bezug genommenen Vorschriften fremder Rechte überflüssig.

3) Ganz entschieden endlich stellt sich der klägerische Anspruch als verwerflich dar, wenn man den Ausdruck „Beschädigung" für gleichbedeutend mit dem Ausdruck „Schaden" ansieht, und mit dem Obergerichte, so wie dem in jetziger Instanz beigebrachten Erkenntnisse der zweiten Kammer des Handelsgerichts vom 15. September 1855, in Sachen Ed. Thiel & Co. wider G. A. Reimers, in Vollmacht der Assecuranz-Union, annimmt, die Versicherer hätten die Absicht gehabt, das Wirksamwerden aller und jeder Ursachen, durch welche eine Beschädigung, d. h. ein Schaden hervorgebracht werden könne, von ihrer Verantwortlichkeit auszuschließen. Für diese Auffassung scheint es

a) zu sprechen, daß bei Anwendung der verwandten Clauseln „frei von Leckage“ und „frei von Bruch“ es völlig außer Zweifel ist, daß im Falle gänzlichen Auslaufens und gänzlichen Zerbrechens der versicherten Gegenstände kein Anspruch gegen die Versicherer erhoben werden kann, und diese Clauseln sich zu der in Rede stehenden wie die species zum genus zu verhalten scheinen.

b) Auch würde bei der unter Nr. 2 angenommenen Bedeutung nicht abzusehen sein, wie eine Versicherung mit der Clausel: „frei von Beschädigung“ von einer Versicherung „gegen Total-Verlust,“ § 42, unterschieden wäre.

c) Sodann scheinen für die Annahme, daß Beschädigung einen jeden Schaden im Allgemeinen Plan bezeichne, die §§ 22, 60 und 94 zu sprechen. Endlich wird auch

d) von den Beklagten in jetziger Instanz anscheinend mit Grund geltend gemacht, daß nach § 61 bei Deckgütern die Clausel: „frei von Beschädigung“ präsumirt werde. Wenn also es in pos. 1 weiter heißt: „Der Versicherer hafte in einem derartigen Falle nur für den Verlust, wenn das Schiff sinke oder scheitere, oder verschollen sei, oder für gute Prise erklärt werde,“ so scheint in diesen Worten allerdings ausgesprochen zu sein, daß jeder sonstige Schaden, ohne alle Rücksicht auf dessen Quantität und Qualität dergestalt ausgeschlossen sein soll, daß selbst dann, wenn man nach den unter Nr. 2 ausgeführten Grundsätzen eine wahre Vernichtung des versicherten Gegenstandes anzunehmen haben sollte, dieselbe gleichwohl den Versicherern nicht zur Last falle; mit anderen Worten, daß der wahren Vernichtung ungeachtet eine Beschädigung in dem Nro. 2 erwähnten Sinne fingirt werden könne.

II. Anlangend dagegen den noch im Streit befangenen Betrag von Provision auf unter der Clausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall“ versicherte Waaren, und zwar

a) auf die per Lima, Capitain Peters, verschifften Federposen zum Betrage von Bco.℔ 39,

b) auf die per Scandia, Capitain v. Sydow, verschifften Perlen, Federposen und Kreide, zum Betrage von Bco. ℔ 707. 2 ß, so mußte aus folgenden Gründen das vorige Urtheil abgeändert und die Beklagten zur Bezahlung gedachter Summen nebst Verzugszinsen zu 6 pCt. seit dem 15. März 1854 verurtheilt werden.

1) Schon an sich deutet die in den Policen in Betreff der zu verdienenden Verkaufsprovision gemachte Bedingung „versichert unter denselben Bedingungen wie imaginairer Gewinn, jedoch (und) auf Güter, die im Schadensfall ihren Bestimmungsort nicht erreichen, als Total-Verlust zu ersetzen" darauf hin, daß hier etwas von der Regulirung der Police auf imaginairen Gewinn Abweichendes habe festgesetzt, und nicht bloß die Bestimmung von § 107 habe wiederholt werden sollen; und der Umstand, daß in der zweiten Police das Wort „und" dem Worte „jedoch" substituirt worden ist, kommt um so weniger in Betracht, als diese Veränderung in der zweiten Police steht, und sich nicht annehmen läßt, daß hiedurch etwas Abweichendes von dem Inhalte der ersten Police habe festgestellt werden sollen. — Dazu kommt

2) daß im vorliegenden Fall Provision versichert ist theils auf Waaren, für welche in denselben Policen Versicherung geschlossen war, theils auf in diesen Policen unversicherte Waaren. — Da nun in Betreff der letzteren nichts Abweichendes stipulirt und demgemäß von dem Beklagten die Verpflichtung zur Berichtigung der hierauf Bezug habenden Provision anerkannt worden ist, so durfte eine Vermuthung dafür sprechen, daß bei Abschluß der Versicherungen die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sei, die gesammte Provision unter gleichen Bedingungen zu versichern. Endlich spricht

3) für die gleiche Auffassung der Umstand, daß die selbstverständlich von den Waaren-Versicherten verschiedenen Provisions-Versicherten keine Veranlassung hatten, ihre Versicherung den Beschränkungen zu unterwerfen, welchen die Waaren-Versicherten sich freiwillig durch Aufnahme der Clausel unterzogen haben oder usanzmäßig unterziehen mußten.

Es war demnach anzunehmen, daß die Versicherten in Betreff sämmtlicher Provisionen die Absicht gehabt haben, sich für den Fall sicher zu stellen, daß die Güter überhaupt ihren Bestimmungsort nicht erreichen würden. Dieser Fall ist eingetreten, und daraus ergiebt sich die Verpflichtung der Assecuradeure zur Zahlung der versicherten Summen in gleicher Weise, wie wenn nach § 41 b. Provision für behaltene Ankunft versichert wäre.

Die Kosten gegenwärtiger Instanz waren wegen Zweifelhaftigkeit der Sache, so wie auf Grund der in dem jetzigen Urtheile ausgesprochenen abändernden Entscheidung zu vergleichen.

№ 21.

In Sachen **J. Marbs**, Klägers (Anwald **Dr. H. A. N. Brandis**) contra **F. Laeiß (C. M. Brödermann, J. M. Precht** und **J. F. A. Dillenburger)** Beklagte. (Anwald **Dr. C. W. Biesterfeld**.)

A. Rechtsfall:

Der Beklagte weigerte sich, die versicherten Frachtgelder zu zahlen, weil, wie er zur Zeit des Abschlusses der Versicherung nicht gewußt, das versicherte Schiff schon in See gewesen. Das Handelsgericht entschied, Kläger solle beweisen, daß Beklagter beim Abschluß der Versicherung gewußt, daß das fragliche Schiff bereits abgegangen oder derselbe doch damals das Gegentheil nicht bestimmt vorausgesetzt habe. Auf beiderseitige Appellation erkannte das Obergericht: der Kläger solle beweisen: daß Beklagter beim Abschluß der Versicherung gewußt habe, das fragliche Schiff sei abgegangen. Das Ober-Appellationsgericht bestätigte das zweitinstanzliche Erkenntniß und sind aus seinem Urtheile folgende Sätze hervorzuheben:

B. Rechtssätze:

1) Das Hamburgische Assecuranzrecht schreibt die Anzeige vom bereits erfolgten Abgange des Schiffes als so nothwendig vor, daß ihre Unterlassung den ganzen Vertrag annullirt.

2) Ist dies der Fall, so kommt es weiter gar nicht darauf an, zu untersuchen, ob in dem einzelnen Falle die unterlassene Anzeige vernünftigem Ermessen nach auf den Entschluß des Versicherers, sich überhaupt, oder so wie geschehen, auf die Assecuranz einzulassen von Einfluß habe sein können.
3) Dies gilt auch unbedingt in allen solchen Fällen, wo Hamburg der Abgangsort ist und die Versicherer hier wohnen.
4) Der Nachweis der erfolgten Bekanntmachung des Abganges des beregten Schiffes in öffentlichen Blättern kann unmöglich den Beweis der Wissenschaft des Versicherers von diesem Umstande ersetzen.
5) Es ist ein ausgemachter Satz des Assecuranzrechtes, daß da, wo die Anzeige eines dem Versicherten bekannten Umstandes bestimmt vorgeschrieben ist, diese Anzeigepflicht und mithin die Folgen ihrer Versäumung nur dann wegfallen, wenn der fragliche Umstand dem Versicherer ohnehin wirklich bekannt war, oder doch ohne Weiteres als ihm bekannt vorausgesetzt werden durfte.
6) Damit die Nichtanzeige von dem Abgange eines Schiffes dem Versicherten unschädlich werde, muß also der Versicherer diesen genauen Abgangstag gekannt haben oder nothwendig haben kennen müssen.
7) Dem Versicherten kann der Versuch nicht gestattet werden, sich von den Folgen der unterlassenen Anzeige möglicherweise dadurch zu befreien, daß er den Versicherer zu einem Eide nöthigt, über vor längere Zeit gehegte Gedanken und Voraussetzungen, deren er sich in den meisten Fällen gar nicht mehr bewußt sein wird.
8) Es ist völlig unzulässig, das beneficium novorum dazu zu benutzen, um einen in erster Instanz auferlegten Beweis in der höheren zu führen.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 30. April 1855.

Da bei dem am 18. April vorigen Jahres erfolgten Abschluß der Versicherung nicht angezeigt wurde, daß die „Magdalena" bereits am 30. März von hier und am 11. April von Cuxhaven abgegangen war,

diese Anzeige aber als eine solche, welche allerdings „nach vernünftigem Ermessen auf den Entschluß des Versicherers sich überall oder so wie geschehen auf die Versicherung einzulassen

von Einfluß sein konnte," zufolge § 15 des Allgemeinen Plans nicht unterbleiben durfte,

da gleichwohl der Beklagte solche Statt gehabte Verabsäumung nicht zu seiner Entfreiung vom Ersatze des libellirten Schadens würde geltend machen können, wenn derselbe bei Abschluß der Versicherung durchaus nicht bestimmt voraussetzte, daß das Schiff noch nicht abgegangen sei oder er sogar mit positiver Wissenschaft von dessen Abgange — wenn gleich ohne Kenntniß des Zeitpunktes — die Versicherung abschloß,

weil in dem einen wie in dem anderen Falle der Beklagte sich damals hätte veranlaßt sehen müssen, den Punkt des Abgangs zur Sprache zu bringen, so fern er in Wirklichkeit es für erheblich hielt, vor seiner Entschließung darüber Näheres zu erfahren:

daß Kläger den Beweis:

daß Beklagter bei Abschluß der vorliegenden Versicherung gewußt, daß das fragliche Schiff „Magdalena" bereits abgegangen sei, oder derselbe doch damals nicht das Gegentheil bestimmt vorausgesetzt habe,

zu führen, und solchen Beweis, vorbehältlich beklagtischen Gegenbeweises, innerhalb acht Tagen sub poena desertionis anzutreten schuldig.

Es ist dem Kläger unbenommen, im Beweisverfahren auf das bereits Vorgebrachte zu recurriren, und bleiben übrigens für den Fall der Erbringung des Beweises dem Beklagten annoch wegen eines nach Maaßgabe Art. 9, tit. V. der Assecuranz- und Havarie-Ordnung klägerischerseits zu leistenden Eides competentia vorbehalten.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 15. Juni 1855.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Da die Anzeige von dem Abgange eines Schiffes sowohl in unserer Assecuranz- und Havarie-Ordnung, als in den Bedingungen des Plans, nach welchem gezeichnet ist, ganz

allgemein vorgeschrieben ist, und der Versicherte daher nur dann als von der Verpflichtung zu dieser Anzeige befreit angesehen werden kann, wenn der Versicherer bei Abschluß der Versicherung bestimmte Kenntniß von dem Abgange des Schiffs hatte, während, was er etwa darüber vorausgesetzt haben mag, nicht in Betracht gezogen werden darf, weil keinem Versicherer zuzumuthen ist, sich über die Voraussetzungen und Vermuthungen zu erklären, welche ihn bei Uebernahme der Versicherung geleitet haben mögen; da auch, wenn einzelne Versicherer schon vor Abgang der „Magdalena" Versicherung auf darin verladene Waaren übernommen hatten, daraus nicht mit Sicherheit gefolgert werden kann, daß sie von dem Abgange des Schiffes Kenntniß genommen;

daß die handelsgerichtlichen Erkenntnisse a quibus vom 30. April dieses Jahres, unter Verwerfung der klägerischen Beschwerden, auf Grund der beklagtischen Beschwerde, dahin zu reformiren, daß der darin dem Kläger nachgelassene Beweis darauf zu beschränken:

daß Beklagter bei Abschluß der vorliegenden Versicherung gewußt, daß das fragliche Schiff bereits abgegangen sei;

und ist die Sache, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 17. Juli 1856.
(Auf klägerische Appellation.)

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 15ten Juni vor. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen sei; und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die sämmtlichen von dem Kläger anhero gebrachten Beschwerden stellten sich als völlig unbegründet dar, und konnte es daher bei der Klarheit dieses materiellen Ungrundes füglich dahin gestellt bleiben, ob und in wie weit etwa der formellen Zulässigkeit einer oder der anderen derselben die theilweise Conformität der beiden vorigen Erkenntnisse entgegenstehe.

I. Die erste und principale Beschwerde des Klägers betrifft zunächst

A. Die Verwerfung seines hauptsächlichen replikarischen Einwandes, daß es im vorliegenden Falle, auch abgesehen von der behaupteten Wissenschaft der Beklagten, der Anzeige von dem bereits erfolgten Abgange des Schiffes bei Schließung der Assecuranz gar nicht bedurft habe. — Allein mit vollem Rechte hat sich das Obergericht für diese Anzeigepflicht auf die ganz bestimmte und allgemeine Vorschrift des Hamburgischen Assecuranzrechts berufen, indem dieses Recht zu denjenigen gehört, welche der Unterlassung dieser Anzeige ganz unbedingt eine den Vertrag annullirende Wirkung zuschreiben, so daß es gar nicht darauf ankommt, zu untersuchen, ob in dem einzelnen Falle die unterlassene Anzeige vernünftigem Ermessen nach auf den Entschluß des Versicherers sich überhaupt, oder so wie geschehen, auf die Assecuranz einzulassen, von Einfluß habe sein können.

Assecuranz-Ordnung Tit. 4, Art. 12,
Allgemeiner Plan § 33,
Vergl. Preuß. Landr. II. 8, § 2045,
„ Amsterd. Assec.-Ordn. Art. 3,
„ Bremische Bedingungen, § 44 sub Nr. 5,
Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts in Sachen Böhmer c. Krahnstöver & Pogge 1822, Kuhr c. Michaelis 1827, Michaelis c. Oppenheim 1827, Duncker c. Blaß 1827.

Die absolute Nothwendigkeit der fraglichen Anzeige wird vom Kläger, wenn auch für die Fälle, wo der Abgangsort

des Schiffes ein auswärtiger ist, nicht eigentlich bestritten, dagegen aber die Behauptung aufgestellt, daß da, wo Hamburg der Abgangsort, die Anzeige dortigen Versicherern gegenüber nicht in allen Fällen nothwendig, sondern hier der Grundsatz des Allgem. Plans § 15 in fine allein maaßgebend sei.

Diese Ansicht war indessen für richtig nicht zu erachten. Denn

1) die Bestimmung des Plans § 33 lautet ganz allgemein, ohne zwischen diesen beiden Fällen zu unterscheiden, und so steht es auch dem Richter nicht zu, diesen Unterschied zu machen.

2) Es ist auch ein innerer Grund nicht erfindlich, welcher geeignet wäre, eine solche Distinction irgend zu rechtfertigen. Denn bis auf den Umstand, daß, wenn die Assecuradeure an demselben Orte wohnen, von welchem das Schiff abgegangen ist, die Versicherten häufiger in der Lage sein werden, die unterlassene Anzeige hievon durch Berufung auf die eigene Wissenschaft der Versicherer zu rechtfertigen, stehen beide Fälle sich vollkommen gleich: wie denn auch der Kläger, so viel er auch im Allgemeinen von wesentlichen Verschiedenheiten redet, doch nicht im Stande gewesen ist, auch nur eine einzige anzugeben.

Es bedarf daher keiner Ausführung darüber, daß, auch wenn die Sache nach § 15 des Allgemeinen Plans zu beurtheilen wäre, die Anzeige in diesem Falle für eine solche erachtet werden müßte, deren Unterlassung Nichtigkeit der Assecuranz nach sich zieht.

Die erste Beschwerde ist ferner

B) auch dawider gerichtet, daß dem Kläger noch der Beweis auferlegt sei, daß den Beklagten bei Abschluß der Assecuranz der bereits erfolgte Abgang des Schiffes bekannt gewesen sei.

1) Daß nach dem in erster Instanz vom Kläger Beigebrachten diese Beweisauflage überflüssig sei, wird von ihm nicht behauptet, vielmehr beruft er sich dafür nur auf die beim Obergerichte beigebrachten nova. — Allein diese nova durften vom Obergerichte gar nicht in Betracht gezogen werden,

und dürfen es auch jetzt nicht, da es, wie das Ober-Appellationsgericht wiederholt ausgesprochen hat, völlig unzulässig ist, das beneficium novorum dazu zu benutzen, um einen in erster Instanz auferlegten Beweis in der höheren zu führen.

2) Ueberdies aber kann der Nachweis der erfolgten Bekanntmachung des Abgangs der „Magdalena" in öffentlichen Blättern unmöglich den Beweis der Wissenschaft der Beklagten von diesem Umstande ersetzen. Denn bis zum Augenblicke der Schließung der Assecuranz war dieser Umstand für die Beklagten, wenigstens für diejenigen derselben, welche nicht schon vorher auf die Ladung gezeichnet hatten, ein völlig gleichgültiger. Von ihnen, die gar nicht veranlaßt waren, dem Abgange dieses Schiffes die geringste Aufmerksamkeit zuzuwenden, kann daher unmöglich verlangt werden, daß sie in dem Augenblicke, als sie am 18. April an der Börse die Versicherung abschlossen, sich der Namen und der Abgangstage aller in den letzten Wochen von einem Handelsplatze wie Hamburg versegelten Schiffe erinnert haben sollen, zumal sie, bei nicht erfolgter Anzeige von dem Abgange der „Magdalena," nach § 28 des Allgemeinen Plans, ohne Weiteres voraussetzen durften, daß sie noch in Hamburg liege, und also gar keine Verpflichtung hatten, irgend darüber nachzudenken, ob sie etwa von deren Abgange etwas vernommen. Was aber Diejenigen unter den Beklagten betrifft, welche etwa auch auf die Ladung gezeichnet haben, so steht es gar nicht genau fest, wann diese Zeichnung etwa stattgefunden hat, sondern nur daß sie vor der Zeichnung auf die Frachtgelder geschehen; auch hat der Kläger seine diese Beklagten speciell betreffende eventuelle Beschwerde in dieser Instanz nicht wiederholt.

II. Der zweiten eventuellen Beschwerde des Klägers, welche dahin geht, daß das Obergericht den ihn vom Handelsgerichte nachgelassenen Beweis:

daß die Beklagten bei Abschluß der Versicherung nicht bestimmt vorausgesetzt haben, daß das Schiff noch nicht abgegangen sei, gestrichen habe, steht der ausgemachte Satz des Assecuranzrechts entgegen, daß da, wo die Anzeige eines dem

Versicherten bekannten Umstandes bestimmt vorgeschrieben ist, diese Anzeigepflicht und mithin die Folgen ihrer Versäumung nur dann wegfallen, wenn der fragliche Umstand dem Versicherer ohnehin wirklich bekannt war, oder doch ohne Weiteres als ihm bekannt vorausgesetzt werden durfte. Damit die Nichtanzeige von dem Abgange eines Schiffes dem Versicherten unschädlich werde, muß also der Versicherer diesen genauen Abgangstag gekannt haben, oder nothwendig haben kennen müssen. Unmöglich kann man daher der bestimmten Kunde des Versicherers vom Abgangstage den Mangel einer bestimmten Voraussetzung, daß das Schiff noch nicht abgegangen sei, in ihren Wirkungen gleichstellen. Ja, die Beklagten können, als sie am 18. April die Assecuranz schlossen, trotz der Nichtanzeige des Klägers vom bereits erfolgten Abgange des Schiffes, immerhin angenommen haben, daß dasselbe an diesem Tage schon den Hafen verlassen und angefangen habe, die Elbe hinunter zu segeln, ohne daß daraus folgt, sie würden auf das Schiff gezeichnet haben, wenn ihnen damals angezeigt worden wäre, dasselbe sei schon am 30. März von Hamburg ab- und am 11. April in See gegangen. Denn nicht das Factum des bereits erfolgten Abgangs an sich, sondern der genaue Zeitpunkt desselben ist es, worauf es ankommt.

Ueberdies aber ist es dem Versicherten, der sich eines so leicht zu vermeidenden Versehens schuldig gemacht hat, nicht zu gestatten, sich von den Folgen desselben möglicher Weise dadurch zu befreien, daß er den Versicherer zu einem Eide nöthigt, auf den es in solchen Fällen in der Regel hinauslaufen wird, über vor längerer Zeit gehegte Gedanken und Voraussetzungen, deren er sich, zumal bei der großen Zahl von Versicherungen, die an einem Handelsplatze wie Hamburg von jedem Assecuradeur täglich abgeschlossen werden, und bei der Art, wie sie in der Regel zum Abschlusse kommen, in den meisten Fällen gar nicht mehr klar bewußt sein wird.

III. Die dritte, eventuelle Beschwerde endlich, dahin gehend, daß dem Kläger nicht auch noch der fernere Beweis nachgelassen sei,

daß die Beklagten, auch wenn ihnen die Anzeige des Abgangs des Schiffes von Hamburg und Curhaven gemacht worden wäre, dennoch so, wie geschehen, sich auf die Versicherung eingelassen haben würden,

findet durch die Ausführung unter I. ganz von selbst ihre Erledigung. Denn steht es gesetzlich und jedenfalls durch den Allgemeinen Plan als lex contractus fest, daß die Anzeige von dem bereits erfolgten Abgange eines zu versichernden Schiffes eine unbedingt nothwendige ist, welche, bei Vermeidung der Nichtigkeit der Assecuranz nicht unterbleiben darf, so kann es auf die Frage gar nicht ankommen, ob die Anzeige, wenn gemacht, auf den Entschluß des Versicherers influirt haben würde. Es bedarf daher keiner Ausführung darüber, daß selbst dann, wenn der § 15 des Allgem. Plans hier zur Anwendung käme, von einer Beweisnachlassung, wie der Kläger sie beantragt, nicht würde die Rede sein können.

№ 22.

In Sachen **J. Marbs**, Klägers (Anwald **Dr. H. N. A. Brandis**) contra **Hermann Harder** in Vollmacht der See- und Fluß-Assecuranz-Comp. (**J. M. Böhrt & Sohn** in Vollmacht der neuen sechsten Assecuranz-Comp. von 1854, **J. Kröger** in Vollmacht der Elb-Assecuranz-Comp. und **Gerling & Lazarus** in Vollmacht der neuen Assecuranz-Comp. v. 1846) Beklagte. (Anwald **Dr. C. W. Biesterfeld**.)

Die Handelsgerichtlichen Erkenntnisse (I. Kammer) vom 30. April 1855 „wegen einer Versicherung auf Casco," sowie die Entscheidungen 2ter und 3ter Instanz sind wörtlich übereinstimmend mit denjenigen in der zuletzt mitgetheilten Sache angeführten.

№ 23.

In Sachen G. H. Kaemmerer Söhne, Kläger (Anwald Dr. J. C. Knauth) contra J. M. Böhrt & Sohn in Vollmacht der neuen sechsten Assecuranz-Compagnie von 1854 und die im Bescheide vom 29. März 1855 genannten Consorten, Beklagte. (Anwald Dr. C. W. Biesterfeld.)

A. Rechtsfall.

Die Beklagten versicherten den Klägern hier eine Ladung Weizen ab Königsberg und zwar inclusive Leichtergefahr am 14. Decbr. Der Weizen war schon am 8. December von Königsberg per Leichter abgegangen und gelangte bis Wehrdamm, eine Meile von dort. Hier wurde er mehre Tage vom Eise zurückgehalten und verunglückte dann auf seiner weitern Fahrt nach Pillau am 19. December. Die Beklagten behaupteten aus mehreren Gründen die Ungültigkeit der Versicherung und weigerten die Zahlung der gezeichneten Summe. Das Handelsgericht verurtheilte sie dazu, welches Erkenntniß zwar vom Obergerichte aufgehoben, von der dritten Instanz aber wieder hergestellt wurde.

B. Rechtssätze:

1) Wer eine Ladung versichern will, ist unbedingt verpflichtet, die erfolgte Verschiffung eines Theiles der zu versichernden Ladung dem Assecuradeur anzuzeigen, zumal unter Umständen, welche auf den Entschluß des Versicherers von Einfluß sein können.

2) Assecuradeurs, welche um die Mitte des December Monates eine Assecuranz auf Königsberg, inclusive Leichtergefahr, schließen, müssen Eisgefahr, durch welche die zu benutzenden Bordinge betroffen werden können, mit veranschlagen.

3) In jenen Gegenden kann das Durcheisen von Schiffen als eine im Sinne des § 34 des Allgemeinen Planes an dem betreffenden Abladungsorte ungewöhnliche Weise der Leichterfahrt nicht angesehen werden.

4) Wenn die früheren Instanzen und der Gegner unrichtige Beweisdocumente nicht bemerkt haben, so hat das Ober-Appellationsgericht, sobald jene Documente von Einfluß auf die Entscheidungen

der unteren Instanzen gewesen sind, das Geeignete zur Verbesserung anzuordnen.

5) Wenn vom eigentlichen Abgangsplatze die versicherte Waare zur Zeit des Assecuranzabschlusses bereits nach einem anderen Orte gebracht worden ist, so berechtigt dieser Umstand die Versicherer dann nicht zur Berufung auf § 33 des Allgem. Planes, wenn dieser zweite Ort zum Revier jenes eigentlichen Abgangsplatzes erweislich gehört.

6) Eine besondere Anzeigepflicht nach § 15 des Planes liegt dann den Versicherten ob, wenn jener andere Ort eine besondere Gefährlichkeit besitzt.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 7. Mai 1855.

Da bei Abschluß der vorliegenden Versicherung, welche die Leichtergefahr ausdrücklich includirt, die Beklagten von selbst voraussetzen mußten, daß in der damaligen winterlichen Jahreszeit die Leichterfahrt bis Pillau durch Eis gefährdet sein werde,

Der bei der Versicherung nicht angezeigte Umstand aber, daß der — demnächst am 19. December auf seiner weiteren Fahrt verunglückte — Leichter schon am 6. December von Königsberg abgegangen und bis Wehrdamm gelangt, daselbst aber mehre Tage „des Eises halber" zurückgehalten war, nur dann die Beklagten nach Maaßgabe § 15 des Allgemeinen Plans vom Ersatze des Schadens entfreien könnte, wenn der Leichter an sich bei Wehrdamm wesentlich mehr gefährdet lag als solches bei Königsberg der Fall gewesen wäre,

was aber von den Beklagten überall nicht, viel weniger mit genügender Bestimmtheit behauptet wird,

da übrigens die Beklagten auf ihr Editionsgesuch, nachdem von den Klägern das Schreiben vom 11. December beigebracht wurde, nicht weiter recurrirten,

daß Beklagte die respective libellirten Beträge,

also J. M. Böhrt & Sohn in Vollmacht der neuen sechsten Assecuranz-Compagnie von 1854 die Summe von Bco.₰ 4159. 1 ß,

also H. A. Holle in Vollmacht der pratriot. Assec.-Comp. die Summe von Bco.℔ 3234. 13 ß,
H. Th. Kleinschmidt in Vollm. der Neptunus-Assec.-Comp. die Summe von Bco.℔ 2310.9 ß und
A. W. Müller in Vollm. des Versicherungs-Vereins die Summe von Bco.℔ 2310.9 ß,
sammt Zinsen vom Klagetage und den Kosten innerhalb 8 Tage sub poena executionis den Klägern zu bezahlen schuldig.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 6. Juli 1855.
(Auf beklagtische Appellation.)

Da zwar mit dem handelsgerichtlichen Erkenntnisse vom 7. Mai dieses Jahres angenommen werden muß, daß die Beklagten bei der fraglichen Versicherung voraussetzen konnten, daß die Leichterfahrt bis Pillau durch Eis gefährdet sein werde, ihnen aber nicht angezeigt worden ist, daß das Fahrzeug des Schiffers Unruh schon am 6. December, mithin acht Tage vor der hieselbst geschlossenen Versicherung, von Königsberg nach dem (ausweise der Verklarung) 1 Meile davon entfernten Wehrdamm abgezogen war, und während dieses Zeitraumes (nach der Verklarung) des Eises wegen daselbst hatte liegen bleiben müssen;

da der Umstand, ob die Lage des Leichters bei Wehrdamm gefährlicher war als bei Königsberg, nicht in Betracht kommt, weil der Versicherte nach § 28 und 33 des Allgemeinen Plans von 1853 und nach Art. 12, Tit. 4 der Assecuranz-Ordnung unbedingt verpflichtet war, die erfolgte Verschiffung eines Theils der zu versichernden Ladung anzuzeigen, zumal unter Umständen, welche allerdings auf den Entschluß des Versicherers von Einfluß sein konnten;

daß das gedachte handelsgerichtliche Erkenntniß a quo wieder aufzuheben, die Beklagten vielmehr von der Klage zu entbinden, die Kosten dieses Rechtsstreites jedoch zu

compensiren und die wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 6. Sept. 1856.
(Auf klägerische Appellation.)

Daß die Formalien der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 6. Juli 1855 aufzuheben, und dasjenige des Handelsgerichts vom 7. Mai 1855, unter Compensation der Kosten dieser und der vorigen Instanz, wieder herzustellen sei;

und wird nunmehr die Sache an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Beklagten haben die von ihnen am 14. Decbr. 1854 mit den Klägern geschlossene Assecuranz aus drei Gründen als nichtig angefochten:

1) weil die Versicherten der Allgemeinen Anzeigepflicht des § 15 des Allgemeinen Plans nicht genügt hätten, insofern sie es unterlassen, die Assecuradeurs damit bekannt zu machen, daß um die Zeit der geschlossenen Versicherung das frische Haff zwischen dem Ausfluß des Pregels und Pillau wegen Eises unfahrbar gewesen sei, so daß die mit dem versicherten Weizen beladenen Leichterschiffe (Bordinge) nur bis Wehrdamm, einem Platze unweit jenes Ausflusses, hätten gelangen können, dort aber Eises halber hätten liegen bleiben müssen, um ein Schwinden des Eises oder die Ermöglichung des Durcheisens abzuwarten;

2) weil von dem Versicherten gegen den § 33 des Allgemeinen Plans gefehlt sei, insofern sie am 14. December bei dem Assecuranz-Antrage nicht angezeigt hätten, daß die zu versichernde Parthei Weizen bereits vorher, und zwar schon

am 6. December, von Königsberg abgegangen gewesen sei, und, wie vorbemerkt, am vorhin gedachten Tage bei Wehrdamm gelegen habe.

Endlich haben die Beklagten

3) geltend gemacht, daß, wenn, wie von den Beklagten eventuell behauptet worden, Wehrdamm und nicht Königsberg als der Abgangsort anzusehen sein sollte, dann eine unrichtige Angabe in Betreff des Verschiffungsortes vorliegen, die Assecuranz mithin auf Grund des § 16 nichtig sein würde.

Anlangend nun diese beklagtischen Anfechtungsgründe, so kam es bei der gegenwärtigen Sachlage

ad 1 auf den den Versicherten gemachten Vorwurf einer Vernachlässigung der allgemeinen Anzeigepflicht deshalb nicht mehr an, weil beide früheren Instanzen das hierauf bezügliche Vorbringen der Beklagten übereinstimmend, mithin rechtskräftig verworfen haben.

Das Handelsgericht hat nämlich ausgesprochen, die Beklagten hätten beim Abschluß der in Rede stehenden Assecuranz bei der damaligen winterlichen Jahreszeit von selbst voraussetzen müssen, daß die Leichterfahrt bis Pillau durch Eis gefährdet sein werde, und das Obergericht ist dem ausdrücklich beigetreten. Unbedenklich ist hierin eine Verwerfung der gesammten auf die Eis-Verhinderung, oder, wie die Beklagten sich uneigentlich ausdrücken, auf das „im Eise stecken," sowie auf die demnächstige Durcheisung gerichteten beklagtischen An- und Ausführungen zu erblicken. Uebrigens hätte, wenn über diese Punkte zu erkennen gewesen wäre, die Auffassung der vorigen Richter nur gebilligt werden können. Assecuradeurs, welche um die Mitte des December Monats eine Assecuranz auf Königsberg inclusive Leichtergefahr schließen, müssen Eisgefahr, durch welche die zu benutzenden Bordinge betroffen werden können, mit veranschlagen, indem es den gewöhnlichen Witterungsverhältnissen entspricht, daß, wenn nicht um jene Zeit das Haff schon mit Eis belegt ist, doch eine Belegung damit jeder Zeit in naher Aussicht steht. Auch kann das Durcheisen von Schiffen in jenen Gegenden als eine im Sinne

des § 34 an dem betreffenden Abladungsorte „ungewöhnliche Weise der Leichterfahrt“ nicht angesehen werden, so daß auch in dieser Beziehung den Versicherten ein praejudicirliches Verschweigen nicht beigemessen werden kann. Hätten die Beklagten im Prozesse nähere und bestimmte Angaben darüber gemacht, daß und weshalb die Bordinge bei Wehrdamm in einer an sich gefährdeten Lage sich befunden hätten, so würde eine Beweisnachlassung in Betreff dieses Punktes motivirt gewesen sein, von welcher bei dem Fehlen solcher Anführungen mit Recht von den früheren Instanzen abgesehen worden ist.

Nur zu der folgenden Erwägung haben die klägerischen Ausführungen in Betreff des im Vorstehenden berührten Punktes noch Veranlassung gegeben. Der klägerische Anwald hat, um den Witterungsstand, welcher kurz vor dem Abschlusse der fraglichen Assecuranz Statt gefunden, so wie um die Berichte nachzuweisen, welche um jene Zeit aus der Gegend von Königsberg eingelaufen seien, Exemplare der Börsenhallenliste vom 1., 12. und 14. December beigebracht,

H. G. Act. [13] [14] [15],

(auf zwei andere Nummern jenes Blattes vom 15. und 27. December [1854]

Act. [16] [17]

kommt es, als einer Zeit nach Abschluß der Assecuranz angehörend, nicht an) welche nicht dem Jahrgange 1854, sondern dem vorangegangenen Jahrgange 1853 entnommen sind, und mithin sammt den aus ihnen abgeleiteten Ausführungen die vorliegende Sache gar nicht betreffen. Wäre diese von dem klägerischen Anwalde verschuldete, höchst fahrlässige Beibringung unrichtiger Zeitungs-Exemplare, welche dem Gegner und den erkennenden Richtern leicht unbemerkt bleiben konnte, und wirklich von ihnen nicht bemerkt worden ist, von Einfluß auf die abgegebenen Entscheidungen gewesen, so würde das unter solchen Umständen Geeignete vom Ober-Appellationsgerichte zu verfügen gewesen sein. Von einer solchen Verfügung war indessen abzusehen, da die vorigen Richter, wie aus den Motiven der von ihnen abgegebenen Erkenntnisse erhellet, auf die

in den betreffenden Börsenhallenlisten enthaltenen besonderen Witterungs-Angaben und See-Berichte Nichts gebauet haben, so daß mithin die Beibringung der unrichtigen Exemplare folgenlos geblieben ist. Gleichwohl durfte dieser Punkt nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

Ad. 2. Die Berufung der Beklagten auf den § 33 würde begründet sein, wenn der versicherte Weizen zur Zeit des Assecuranz-Abschlusses als bereits vom Abladeplatze abgegangen betrachtet werden könnte. Dies letztere kann indessen schon deshalb nicht geschehen, weil Wehrdamm, wie aus dessen von beiden Partheien übereinstimmend angegebenen Lage erhellet, überdies von dem Vorstande der Kaufmannschaft zu Königsberg bezeugt worden ist,

H. G. Act. [18]

zum Revier von Königsberg gehört und mithin in assecuranzrechtlicher Beziehung, insofern es auf den Abgangsplatz ankommt — zumal hier, wo es sich um nur nach Pillau bestimmte Leichterschiffe handelt — Königsberg selbst gleich steht.

Klefecker Bd. VII. S. 455 ff.,
Benecke Bd. II. S. 215,
Pöhls Bd. IV. S. 383.

Die Versicherten durften mithin am 14. December die Leichterschiffe als noch nicht von Königsberg abgegangen betrachten, und die Nicht-Anzeige, daß die Leichterschiffe schon an einem dem Reviere angehörenden Platze lägen, kann ihnen nicht zum Praejudiz gereichen.

Daß eine etwanige besondere Gefährlichkeit eines solchen Platzes die Nothwendigkeit einer Anzeige nach § 15 herbeigeführt haben würde, ist schon oben erwähnt worden, zugleich aber auch, daß keine genügende Angaben der Beklagten vorliegen, um eine Beweisführung zu motiviren.

Ad. 3. Die Berufung der Beklagten auf den § 16 des Allgemeinen Plans, die unrichtige Angabe des Abgangsortes betreffend, erledigt sich gleichmäßig durch das Vorbemerkte, indem zwischen Wehrdamm und Königsbergs in Beziehung auf die Frage nach dem Abgangsorte assecuranzrechtlich keine

Verschiedenheit besteht. Uebrigens würde der § 16 auf keinen Fall von den Beklagten für sich geltend gemacht werden können, da im vorliegenden Falle die Beladung der Leichter und deren Abfertigung in der Stadt Königsberg selbst vor sich gegangen sind, und gerade dieser Platz als der Abgangsort in der Police angegeben ist.

Nach dem Allen konnte es bei dem Obergerichts-Erkenntnisse sein Verbleiben nicht behalten, und die Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses hing nur noch davon ab, ob der eventuellen und bei Aufhebung des Obergerichts-Erkenntnisses der Sachlage nach reviviscirenden Beschwerde der Beklagten in zweiter Instanz zu entsprechen sei, daß das Handelsgericht den beklagtischen Editionsantrag als durch klägerische Production des Castell'schen Schreibens vom 11. December

Act. [20]

erledigt behandelt habe. Wenn gleich nun die Frage, ob dem Handelsgerichte hierin beizupflichten sei, nicht zweifellos war, so mußte dies dennoch bei Zugrundelegung des handelsgerichtlichen Protocolls geschehen. Denn der klägerische Anwald hat bei Vorlegung des vorbezeichneten Schreibens triplicando (p. 27 des Prot.) erklärt:

„weitere (nämlich auf die vorliegende Angelegenheit bezügliche) Briefe lägen nicht vor."

Hierdurch ist klägerischer Seits Alles geschehen, was einer editionspflichtigen Parthei zunächst obliegt, und die Beklagten würden, wenn sie sich bei jener Erklärung nicht hätten beruhigen wollen, nur noch die Ableistung eines Editionseides haben verlangen können, worauf sie gleichwohl weder nach dem handelsgerichtlichen Protocolle quadruplicando noch auch in den höheren Instanzen angetragen haben. Bei dieser Sachlage konnte die vorbemerkte Beschwerde als begründet nicht angesehen werden, und war das Handelsgerichts-Erkenntniß, welches den Beklagten auch in Betreff des Kostenpunktes nicht zu nahe getreten ist, pure wieder herzustellen, wobei die Kosten der höheren Instanzen wegen des Wechsels der Entscheidungen zu compensiren waren.

№ 24.

In Sachen **H. J. Levy & Co.**, Klägers (Anwald Herr **Dr. J. Wolffson**) contra **O. C. Gaedechens** in Vollmacht der neuen achten Assecuranz=Compagnie und **J. H. Brockmann**, in Vollmacht der Oceanus=Assecuranz=Comp., Beklagte. (Anwald Herr **Dr. J. C. Knauth**.)

A. Rechtsfall:

Die Beklagten hatten das Casco des Schiffes Hanna & Fanny versichert, welches in Aux=Cayes condemnirt ward, weil es nach Urtheil der Sachverständigen der dortigen Lloyds=Agenten der mit ihm vorzunehmenden Reparatur unwerth erachtet war. Die Beklagten weigerten nun die Zahlung der Versicherungssumme, weil die Condemnation nicht wegen wirklicher absoluter Unreparirbarkeit des Schiffes erfolgt sei, und eventuell weil die angeblichen Sachverständigen in Aux=Cayes nicht als competent anzusehen wären. Die erste Einwendung ward von den beiden unteren Instanzen als unzulässig einhellig zurückgewiesen; die zweite anlangend, so hatten die Beklagten von dem Kläger den Beweis verlangt, daß die Condemnation als eine nach Landesgesetz oder Usanz vorgenommene anzusehen sei. Das Handelsgericht ging darauf nicht ein, sondern verlangte vom Kläger lediglich den Nachweis, daß das bei der Wahl der zu Aux=Cayes wohnhaften Sachverständigen beobachtete Verfahren den dortigen Verhältnissen angemessen sei, wobei der Nachweis schon genügen solle, daß der den Sachverständigen beigelegte Charakter denselben wirklich innewohne. In ihrer Appellation an das Obergericht verlangten die Beklagten die Restriction dieser Beweisauflage dahin: daß das Schiff durch nach Landesgesetz oder Usanz autorisirte Sachverständige unfähig zur Reparatur erklärt sei und beschwerten sich über den obigen erklärenden Zusatz des Handelsgerichtes. Das Obergericht bestätigte die handelsgerichtliche Justificationsauflage, strich aber den erklärenden Zusatz. Die beklagtische Ober=Appellation wurde aus formellen Gründen verworfen und das obergerichtliche Erkenntniß aufrecht erhalten.

B. Rechtssätze:

1) Die Condemnation eines Schiffes ist dann aufrecht zu erhalten, wenn das dabei eingehaltene Verfahren bei der Wahl der Sachverständigen nach den Verhältnissen des Condemnationsortes überhaupt nur ein angemessenes gewesen ist, und ist es nicht nöthig, ein Gesetz oder eine Usanz nachzuweisen, nach welcher die Sachverständigen zu der Schiffscondemnation autorisirt waren.
2) Zur Anwendbarkeit des § 11 a des Allgemeinen Planes genügt nicht, daß die Vornahme der an einem Schiffe erforderlichen Reparaturen Seitens der darüber berufenen Sachverständigen blos den Umständen nach nicht räthlich befunden war.
3) Doch gilt ein Schiff im Sinne des Allgemeinen Planes als condemnirt, wenn die erforderlichen an sich vielleicht möglichen Reparaturen nach ordnungsmäßiger Erklärung competenter Sachverständiger den obwaltenden Umständen nach nicht vorgenommen werden konnten.
4) Der Kapitain des in einem solchen Falle befindlichen Schiffes hat vollkommen angemessen gehandelt, wenn er außer der Befragung der am Orte gerade befindlichen fremden Kapitaine, von solchen Leuten ein Gutachten einzog, die er ihrer Stellung und ihrem Beruf nach für geeignet und sachkundig halten mußte.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (zweite Kammer) vom 21. Februar 1855.

Daß die Kläger bei Fortgang der Sache eine Caution für die Prozeßkosten zur Summe von Bco.℔ 150 zu bestellen, auch ihr Interesse durch Beibringung der geeigneten Documente nachzuweisen haben,

und in der Sache selbst:

da, wenn es auch um die Anwendbarkeit des § 11 a des Allgemeinen Plans zu begründen, nicht genügt, daß die Vornahme der am Schiff erforderlichen Reparaturen Seitens der dazu berufenen Sachverständigen blos den Umständen nach nicht räthlich befunden wurde, denn doch ein Schiff als condemnirt im Sinne des Allgemeinen-Plans nicht blos dann, wenn dasselbe der erlittenen Beschädigungen wegen an und für sich als gänzlich irreparabel sich auswies, sondern auch dann betrachtet werden muß, wenn die erforderlichen, an und

für sich vielleicht keineswegs unmöglichen Reparaturen nach ordnungsmäßiger Erklärung competenter Sachverständiger den obwaltenden Umständen nach nicht vorgenommen werden konnten, wie sich dies schon aus der Vorschrift des § 114 des Allgemeinen Plans ergiebt, der zufolge, falls das Schiff nicht condemnirt worden, die Reparatur nach Maaßgabe von § 102 zu bewerkstelligen ist,

da nun im vorliegenden Falle die Sachverständigen in Nr. 5 und 6 der Beilagen zur Dispache ausdrücklich erklärt haben, daß es ihnen ganz unmöglich sei, die an dem Schiff Hanna & Fanny erforderlichen Reparaturen vorzunehmen und zwar wegen Mangels der nöthigen Materialien und eines zur Auflegung eines Schiffes von solcher Größe passenden Platzes, wobei auf den in Nr. 5 gebrauchten Ausdruck „en ce moment" kein besonderes Gewicht gelegt werden kann, indem die Sachverständigen, welche nicht etwa angeben, daß dem augenblicklichen Mangel an Materialien überall in einer irgend absehbaren oder nur näher zu bestimmenden Zeit abgeholfen werden könne, in Nr. 6 die Kosten und Zeitdauer der Reparatur nur unter der Voraussetzung taxiren, daß die von ihnen erwähnten Schwierigkeiten beseitigt wären, zugleich aber die wirkliche Beseitigung derselben wiederholt für unmöglich erklären,

da auch die Beilage Nr. 7 dem Inhalte der Nr. 5 u. 6 nicht etwa widerspricht, vielmehr der Mangel an Materialien und an einem passenden Platz auch hier bestätigt wird, der Umstand aber, daß das Schiff schließlich in specieller Berücksichtigung des Grundes, daß die Kosten der Reparatur den Werth des Schiffes in reparirtem Zustande jedenfalls übersteigen würden, als „der Reparatur unwerth" condemnirt ist, die wirkliche Sachlage nicht ändern kann, der zufolge dem Kapitain Visser gar keine Wahl blieb, ob er sich dem Ausspruch der Sachverständigen unterwerfen wollte oder nicht, da dieselben die Reparatur ja auch, abgesehen von den Kosten, für unmöglich erklärt hatten,

da ferner — so viel die bestrittene Competenz der Aus-

steller der Beilagen Nr. 5, 6 und 7, so wie die Form dieser Documente betrifft — die Beklagten nicht etwa im Stande gewesen sind, eine bestimmte Behörde in Aux=Cayes namhaft zu machen, unter deren Autorität Begutachtungen der fraglichen Art vorzunehmen seien, hienach aber, falls nicht durch den Gegenbeweis erhebliche Momente gegen die Angemessenheit des vom Kapitain Visser beobachteten Verfahrens erbracht werden sollten, es für genügend erachtet werden muß, wenn Kapitain Visser außer den Kapitainen fremder in Aux=Cayes liegender Schiffe, deren Ansicht bei den in Betracht kommenden Fragen wenigstens nicht entscheidend sein konnte, solche Leute hinzuzog, die er ihrer Stellung und ihrem Berufe nach für geeignet und sachkundig halten mußte, was in Beziehung auf die Aussteller der fraglichen Documente allerdings dann der Fall sein würde, wenn es constirte, daß die diesen Sachverständigen beigelegten Qualitäten denselben wirklich beiwohnen,

da aber dieser Umstand aus der auf den fraglichen Documenten befindlichen bloßen Namens=Unterschrift der Herren Wentworth & Co. als Lloyds=Agenten und aus der bloßen Beglaubigung der Richtigkeit der Copieen durch den Englischen Vice=Consul so wenig erhellt, als hieraus die formelle Gewißheit entnommen werden kann, daß die des Schreibens unkundigen Sachverständigen sich wirklich zu dem ganzen Inhalt der fraglichen in ihrem Namen von unbekannten Zeugen ohne alle Legalisation unterzeichneten Documente bekannt haben;

daß die Kläger das bei der Wahl zu Aux=Cayes wohnhaften Sachverständigen beobachtete Verfahren als das den dortigen Verhältnissen angemessene zu justificiren haben, und zwar mindestens durch den Nachweis, daß der diesen Sachverständigen in den Beilagen zur Dispache Nr. 5, 6 und 7 beigelegte Charakter denselben wirklich zukomme,

daß die Kläger ferner den Beweis zu erbringen haben, daß die gedachten Sachverständigen sich wirklich seiner Zeit zu dem ganzen Inhalt der Beilagen Nr. 5,

Nr. 6 und 7 bekannt, und die dort aufgeführten Zeugen wirklich mit Unterzeichnung derselben in ihrem Namen beauftragt haben,

daß den Klägern zur Erledigung dieser Auflagen, welche unter dem Präjudiz der Abweisung mit der angestellten Klage zu beschaffen ist, eine sechsmonatliche Frist zu bewilligen, endlich den Beklagten der Gegenbeweis im weitesten Umfang vorzubehalten sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 9. Juli 1855.

(Auf beklagtische Appellation.)

Daß, unter Verwerfung der ersten Beschwerde, da es nach Maaßgabe der Vorschriften der §§ 102 und 114 des Allgemeinen Plans von 1853 im vorliegenden Fall nicht genügen kann, wenn die Kläger nur den Nachweis liefern, daß der den fraglichen Sachverständigen in den Anlagen 5, 6, und 7 zur Dispache beigelegte Charakter denselben wirklich zukomme, das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 21. Februar dieses Jahres, in so weit dasselbe angefochten worden, in theilweiser Berücksichtigung der zweiten und in Veranlassung der dritten Beschwerde dahin zu restringiren:

daß die Kläger das bei Wahl der zu Aux-Cayes wohnhaften Sachverständigen beobachtete Verfahren als den dortigen Verhältnissen angemessen zu justificiren haben,

wobei es ihnen unbenommen bleibt, entweder, daß dabei den Landesgesetzen, oder daß der bestehenden Usanz gemäß gehandelt ward, darzuthun.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der im Obergerichte aufgelaufenen Kosten, mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 25. Sept. 1856.
(Auf beklagtische Appellation.)

Daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 9. Juli vorigen Jahres eingewandten Appellation für gewahrt zu achten, dieselbe jedoch, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz, als unzulässig zu verwerfen sei;

und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

1) Das Handelsgericht hat die Einwendungen, welche die Beklagten gegen die, auf die geschehene Condemnation des Schiffes Hanna & Fanny gegründete Schadensforderung der Kläger aus materiellen Gründen hergenommen haben, weil nämlich die Condemnation nicht wegen wirklicher, absoluter Unreparirbarkeit des Schiffes erfolgt sei, als unbegründet, und das Obergericht die dawider gerichtete erste und principale Beschwerde der Beklagten verworfen. Wenn also die Beklagten diese ihre erste Beschwerde in dieser Instanz wiederholen, so ist es völlig klar, daß dieser Beschwerde duae conformes entgegenstehen.

2) Die Beklagten hatten schon beim Handelsgerichte, indem sie eventualiter die Competenz der in Aux-Cayes zugezogenen Sachverständigen bestritten, den Antrag gestellt, den Klägern den Beweis aufzuerlegen:

daß die Condemnation als eine nach Landesgesetz oder Usanz vorgenommene zu betrachten sei.

Das Handelsgericht hat diesem Antrage jedoch nicht deferirt, sondern statt der beantragten Beweisauflage den Klägern nur aufgegeben:

das bei Wahl der zu Aux-Cayes wohnhaften Sachverständigen beobachtete Verfahren als das den dortigen Verhältnissen angemessene zu justificiren,

und hat dabei ausgesprochen, daß dies schon durch den Nachweis geschehen könne, daß der diesen Sachverständigen in den Beilagen zur Dispache Nr. 5, 6 und 7 beigelegte Charakter denselben wirklich zukomme.

Gegen diese Beweis-Auflage des Handelsgerichts, insofern dadurch ihrem bei demselben gestellten Antrage nicht stattgegeben worden, haben die Beklagten ihre zweite eventuelle Beschwerde voriger Instanz gerichtet, und hier den beim Handelsgerichte beantragten Beweis näher dahin formulirt:

daß das Schiff durch nach Landesgesetz oder Usanz autorisirte Sachverständige unfähig zur Reparatur erklärt sei.

Zugleich richteten sie gegen den obigen Zusatz des Handelsgerichts in pessimum eventum ihre dritte Beschwerde.

Das Obergericht hat nun die handelsgerichtliche Justifications-Auflage wörtlich bestätigt und den Klägern dabei ausdrücklich nachgelassen, derselben durch den Nachweis zu genügen, daß bei dem von dem Schiffer eingehaltenen Verfahren den Landesgesetzen, oder der bestehenden Usanz gemäß gehandelt sei. Dagegen hat es auf Grund der dritten Beschwerde den Zusatz des Handelsgerichts gestrichen. Hiegegen haben die Beklagten natürlich nicht appellirt, dagegen ihre zweite Beschwerde voriger Instanz in gegenwärtiger wiederholt.

Obgleich nun das Obergericht sagt, daß es bei seiner reformatoria theilweise auch die zweite Beschwerde der Beklagten berücksichtigt habe, so ist dies, wie auch Letztere in dieser Instanz selbst anerkennen, doch in Wahrheit nicht der Fall; vielmehr ist diese Beschwerde gänzlich und also die von den Beklagten beantragte Beweisauflage per duas conformes verworfen.

Denn die Beklagten wollen die Condemnation nur dann anerkennen, wenn sie von durch Gesetz oder Usanz dazu autorisirten Sachverständigen ausgesprochen sei. Beide vorige Gerichte haben aber dies und eine dem entsprechend beantragte Beweisauflage verworfen, und es für genügend erklärt, wenn das eingehaltene Verfahren bei der Wahl der Sachverständigen nach den Verhältnissen in Aux-Cayes überhaupt nur ein

angemessenes gewesen sei, halten dasselbe also den Beklagten gegenüber für gerechtfertigt, auch wenn kein bestimmtes Gesetz oder keine Usanz bestehe, welche dazu autorisire, und das Obergericht läßt nur als aequipollens den Nachweis dessen nach, was die Beklagten einzig und allein anerkennen wollen, daß einem Landesgesetz oder einer Usanz gemäß gehandelt sei, ein aequipollens, welches die Beklagten selbst als ein sich von selbst verstehendes bezeichnen und welches auch das Handelsgericht den Klägern unmöglich hat abschneiden wollen. Es fragt sich also nur, ob diese Conformität beider Erkenntnisse dadurch beeinträchtigt werde, daß das Obergericht, wie oben bemerkt, auf Grund der dritten Beschwerde der Beklagten den Zusatz des Handelsgerichts gestrichen hat. Dies ist aber nicht der Fall.

Es lagen dem Obergerichte durch die zweite und dritte Beschwerde der Beklagten zwei Fragen zur Entscheidung vor:

a) Muß die Condemnation nothwendig auf Grund eines bestimmten Landesgesetzes oder einer Usanz geschehen sein, müssen also namentlich die Sachverständigen gesetzlich zur Condemnation autorisirt gewesen sein?

b) Was ist nöthig, um die Autorisation der Letzteren nachzuweisen?

Beides sind völlig trennbare, ganz unabhängig von einander zu entscheidende Fragen.

Die erstere hat das Obergericht in Uebereinstimmung mit dem Handelsgerichte verneint. Nur in Ansehung der zweiten weicht es vom Handelsgerichte ab, indem es für den Fall, daß die Kläger das obige aequipollens sollten darthun wollen, dazu den Nachweis, daß die Sachverständigen von Aux-Cayes den sich beigelegten Charakter wirklich haben, für unzureichend erklärt.

Hat nun aber die Beurtheilung dieser zweiten Frage auf die der ersten durchaus keinen Einfluß, so ist auch die zweite Beschwerde der Beklagten in gegenwärtiger Instanz und folglich ihre ganze Appellation eine unzulässige, und mußte sonach als solche, ohne in deren Materialien irgend einzugehen, so wie im Urtheile geschehen, verworfen werden.

№ 25.

In Sachen Wittwe Wilhelmine Tatlock, geb. Meinhard, cum. cur. ad litem, Klägerin (Anwald Herr Dr. B. T. L. Engel) contra Ludwig Demidoff Engel, Beklagten. (Anwald Herr Dr. H. A. R. Brandis.)

Rechtsfall.

Die Klägerin verlangte von ihrem Schwiegersohne, dem Beklagten, welcher ihr zwei Jahre lang Wohnung und Kost bei sich gegeben, Alimente, und stützte sich dabei auf ein ihr von ihrer Tochter geschriebenes Billet, das eine darauf gerichtete Zusage enthielt, und welches mit des Beklagten Vorwissen und Genehmigung gesandt war. In diesem Briefe versprach die Tochter der Mutter an Stelle der freien Wohnung und Beköstigung, nachdem sie das Haus verlassen, einen jährlichen Betrag von 300 ℔. Die Alimente wurden von der Tochter vom November 1854 bis 13. Januar 1855 gezahlt, und da weigerte sich der Beklagte aus mehrfachen Gründen, die von seiner Ehefrau eingegangene Verbindlichkeit ferner zu erfüllen. Die Prätur verurtheilte den Beklagten unbedingt, das Obergericht bestätigte auf beklagtische Supplikation dies zwar, ließ dem Beklagten jedoch zwei Beweise nach; das Ober-Appellationsgericht endlich stellte das Präturerkenntniß auf klägerische Appellation wieder vollständig her.

B. Rechtssätze:

1) Es ist streitig, ob Kindern, die von ihren Eltern aus einer bestehenden Schuld, die auf keiner Liberalität beruht, belangt werden, das beneficium competentiae zustehe.

2) Bei der Frage, ob eine obligatio alendi existent ist, ist die Fähigkeit, Alimente zu leisten, eine der wesentlichsten Bedingungen der Verpflichtung und in dieser Beziehung zwischen Kindern und Eltern kein Unterschied.

3) Wenn ein Ehemann seine Frau mit seinem Wissen eine ausdrückliche Alimentationsverpflichtung gegen seine Schwiegermutter eingehen läßt, so ist er daraus unbedingt mit verhaftet.

4) Doch liegt darin die Einschränkung, daß der Ehemann sich nicht persönlich auf eine Weise gegen seine Schwiegermutter habe verpflichten wollen, daß sie auch nach dem Tode ihrer Tochter einen Anspruch an ihn daraus ableiten könne.

5) Sind Alimente zugesagt, so kann der sie Leistende nicht zu dem Beweise gelassen werden, daß die zu Alimentirende derselben nicht mehr bedürfe, es sei denn, daß er darthun könne, es wäre seit Leistung seines Versprechens in der Lage der zu Alimentirenden eine wesentliche Verbesserung eingetreten.

6) Die Alimentationspflicht der Kinder gegen ihre Eltern ist dadurch bedingt, daß ihre Vermögensverhältnisse sie ihnen gestatten, ohne selbst zu darben, und können sie mindestens dann die Reducirung des versprochenen Alimentationsquantums verlangen, wenn sie beweisen können, daß seit dem geleisteten Versprechen ihre Lage sich wesentlich verschlechtert habe.

Erkenntniß der Ersten Prätur
vom 21. Juni 1855.

Daß der Klägerin ihr Anwald, Herr Dr. Engel, als cur. ad litem beizuordnen und das rubrum demgemäß zu extendiren;

und in der Sache selbst:

da der Beklagte einräumt, daß seine Ehefrau mit seinem Wissen und seiner Genehmigung ihrer Mutter das mit der Klage producirte Billet gesandt hat;

da für die Erfüllung der in solcher Weise von seiner Ehefrau übernommenen Verpflichtung aber, der beklagtische Ehemann mit verhaftet ist, und also auch wegen derselben, wenn er, wie in dem vorliegenden Falle, anerkannt, daß seine Ehefrau ihrer Verbindlichkeit nicht nachgekommen ist, unmittelbar belangt werden kann;

daß Beklagter schuldig sei, der Klägerin die ihr von der beklagtischen Ehefrau zugesagten, seit dem 13. Januar dieses Jahres aber rückständigen Alimente von wöchentlich 6 ß, mit Crt.ℳ 138 in acht Tagen, die demnächst fällig werdenden aber am Sonnabend einer jeden Woche, sub poena executionis, zu bezahlen, wie auch ihr die Prozeßkosten, deren Ermäßigung vorbehältlich, zu ersetzen.

Obergerichtliches Decret
vom 13. Juli 1855.
(Auf beklagtische Supplication).

Da die Pflicht des Supplicanten zur Alimentation seiner Schwiegermutter beizutragen, an sich besteht, und dem Schreiben Anlage zu Nr. 2 der Präturacten jedenfalls so viel Wirkung beigelegt werden muß, um dasselbe als eine vorläufige Anerkennung des quantum dieser Verpflichtung zu betrachten;

daß das Erkenntniß a quo der ersten Prätur vom 21. Juni dieses Jahres mit dem Zusatze zu bestätigen: daß dem Beklagten die aut alternative aut cumulative zu führenden Beweise nachzulassen:

daß und wie weit die Klägerin (insbesondere auch mit Rücksicht auf die ihr von den übrigen Kindern zu gewährende Alimentation) der Alimentation abseiten seiner, des Beklagten nicht mehr bedürfe,

und

daß und wie weit er, Beklagter, nach seinen Vermögens-Verhältnissen nicht mehr im Stande sei, der Klägerin eine wöchentliche Alimentation von 6 ℔ Crt. zu bezahlen.

Und ist demnächst, nach Maaßgabe des Resultats dieser Beweisführung, weiter zu erkennen. — Die Acten sind zu remittiren et comm.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 25. Septbr. 1856.
(Auf klägerische Appellation und beklagtische Adhäsion).

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion zulässig zu erachten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 13. Juli vor. J. aufzuheben und dagegen das der ersten Prätur vom 21. Juni desselben Jahres wieder herzustellen sei.

Bei der stillschweigenden Vergleichung der Kosten voriger Instanz behält es sein Bewenden, die der gegenwärtigen Instanz dagegen sind nur zur einen Hälfte zu compensiren, zur andern aber der Klägerin vom Beklagten zu erstatten,

und wird die Sache nunmehr an die erste Prätur zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Gegenstand der gegenwärtig abzugebenden Entscheidung sind nach Maaßgabe der Appellations- und Adhäsions-Beschwerden lediglich die beiden Fragen:

I. Kommt es überall noch und eventualiter inwieweit kommt es noch auf die vom Obergerichte geforderten Beweise an?

II. Wem liegt eventualiter die Beweislast ob?

Ad. I. Was die erste Frage betrifft, so kann

A) abgesehen von dem Briefe, auf welchen die Klage gegründet ist, es keinen Zweifel leiden, daß nicht nur der Umstand, ob die Klägerin der Alimente bedürftig, sondern auch der, ob der Beklagte in der Lage sei, ihr welche und wie viel zu reichen, noch einer Feststellung bedürfte. Denn wenn die Klägerin zwar nicht das Erstere, wohl aber das Letztere bestreitet und sich darauf beruft, daß Kindern den Eltern gegenüber das beneficium competentiae nicht zustehe, so ist dies ein ganz unpassender Einwand. Allerdings ist es streitig, ob Kindern, die von ihren Eltern aus einer bestehenden Schuld, die auf keiner Liberalität beruht, belangt werden, das s. g. beneficium competentiae zustehe. Allein hier handelt es sich ja nicht davon, inwieweit eine wirklich schon bestehende Schuld gegen das Kind eingeklagt werden kann, sondern inwieweit eine obligatio alendi existent ist, und da ist gerade die Fähigkeit, Alimente zu leisten, eine der wesentlichsten Bedingungen der Verpflichtung und in dieser Beziehung zwischen Kindern und Eltern kein Unterschied.

L. 2 C. de alendis ac parentibus (5, 25).

Es fragt sich also

B.) inwiefern dasjenige, was an sich Rechtens ist, nach dem in der Mitte liegenden, ein Alimentations-Versprechen enthaltenden Briefe eine Beschränkung zu erleiden hat.

1) Ob die Einwendungen des Beklagten gegen diesen Brief als einen nicht ihn, sondern nur seine Ehefrau verpflichtenden per duas conformes verworfen seien, kann dahingestellt bleiben, indem dies nicht der Fall sein würde, wenn man je nach der verschiedenen Auffassung des Briefes in erster und zweiter Instanz, verschiedene rechtliche Folgen eintreten lassen könnte.

Allein mit vollem Rechte ist der Beklagte als auf dem Briefe verpflichtet angenommen worden. — Denn der Beklagte räumt ein, diesen Brief seiner Frau selbst geschrieben zu haben, und in demselben erklärt die Letztere überdies, das, was sie thue, auf Anrathen ihres Mannes zu thun. Das Versprechen, welches dieser Brief enthält, ist also ein von der Frau unter Beistand des Beklagten, als ihres ehelichen Vogts, eingegangenes und aus demselben ist Letzterer unbedingt verhaftet. Wenn er daher sagt, er selbst habe keine Verpflichtung gegen die Klägerin übernehmen wollen, so kann das nur den Sinn haben, daß er sich nicht persönlich auf eine Weise gegen sie habe verpflichten wollen, daß sie auch nach dem Tode seiner Frau einen Anspruch an ihn daraus habe ableiten können, sondern daß er statt dessen die, an sich auch dem Verhältnisse mehr entsprechende Form gewählt habe, seine Frau als die eigentlich zur Alimentation Verpflichtete unter seiner Zustimmung das Versprechen ertheilen zu lassen.

Was aber

2) den Inhalt dieses Versprechens betrifft, so geht es ganz dahin, der Klägerin, welche, wie der Beklagte nicht bestreitet, zwei Jahre hindurch freie Wohnung und Kost in seinem Hause genossen hatte, an Stelle dessen vom November 1854 an jährlich den Betrag von 300 ℔ Crt. zu gewähren, oder, wie es factisch ausgelegt worden ist, wöchentlich 6 ℔, da der

Beklagte ausdrücklich zugiebt, daß die Klägerin diesen wöchentlichen Betrag bis zum 13. Januar 1855 empfangen habe.

Duplik S. 9.

Es heißt nämlich in dem Briefe: Damit die Klägerin in Zukunft einer Nothsorge überhoben sei, wolle sie, die Tochter, ihr von November an eine Beihülfe von 300 ℔. Crt. zufließen zu lassen. Der Klägerin sollte also für die Zukunft die Sorge für das Nothwendige genommen werden. Deshalb werden ihr vom nächsten November an, wo sie das Haus des Beklagten verließ, 300 ℔. zugesagt. Hier kann, wenn die Worte einen Sinn haben sollen, nur eine Leistung von 300 ℔. gemeint sein, und zwar, da keine Beschränkung hinzugefügt ist, allerdings für die Lebenszeit der Klägerin oder doch jedenfalls so lange, als die Klägerin, die ja dadurch einer Nothsorge überhoben werden sollte, nicht in der Lage sein werde, aus eigenen Mitteln für das Nothwendige selbst sorgen zu können.

Wenn der Beklagte einwendet:

a) eine solche Verpflichtung pflege nicht in einem Gratulationsschreiben zum Geburtstag eingegangen zu werden, so bedarf das keiner Widerlegung. Vielmehr ergiebt das Schreiben, daß der Klägerin gerade an ihrem Geburtstage durch die Zusicherung der jährlichen Unterstützung eine Beruhigung für die Zukunft hat gewährt werden sollen.

b) Wenn Beklagter ferner den Brief so auslegt, als habe seine Ehefrau selbst die einmalige Leistung von 300 ℔. nur insoweit zugesagt, als sie in ihren Kräften stehe, d. h. als die Ersparnisse von ihrem Haushaltungsgelde es gestatten; so enthält nicht nur der Brief davon nichts, sondern es steht mit dessen klaren Worten in Widerspruch. Die Tochter motivirt die Geringfügigkeit der jährlichen Leistung von 300 ℔, welche sie verspricht, dadurch, daß ihre Kräfte zur Zeit nicht mehr gestatteten, wiewohl es unter den obwaltenden Verhältnissen genug sei. Und daß sie hier unter ihren Kräften und den obwaltenden Verhältnissen nicht ihre besondere Haushaltungskasse und deren Verhältnisse versteht, geht klar daraus

hervor, daß es gleich darauf weiter heißt: „Sollten unsere Sachen sich später günstiger gestalten, bin ich natürlich es aus Kindespflicht schuldig, Dir das Dreifache zu geben ꝛc.“ Ist aber dies der Sinn des Briefes, so kann

3) diesem gegenüber der Beklagte mit den Beweisen, welche das Obergericht ihm nachgelassen hat, nicht weiter gehört werden.

a) Der erste dieser Beweise geht dahin:

daß und wie weit die Klägerin — insbesondere auch mit Rücksicht auf die ihr von den übrigen Kindern zu gewährende Alimentation — der Alimentation abseiten seiner, des Beklagten, nicht mehr bedürfe.

Nun waren aber dem Beklagten und seiner Ehefrau, als sie den fraglichen Brief schrieben, die Verhältnisse der Klägerin nothwendig vollkommen bekannt. Sie wußten, daß die Klägerin selbst kein Vermögen besaß, und ebensowohl inwiefern die übrigen Kinder derselben in der Lage seien, etwas für sie zu thun. In vollständiger Würdigung dieser Verhältnisse sagten sie ihr jährlich eine Alimente von 300 ℔ zu. Um sich von der hiedurch eingegangenen Verpflichtung ganz oder theilweise zu befreien, hätte der Beklagte also behaupten müssen, daß seit Leistung dieses Versprechens in der Lage der Klägerin eine wesentliche Verbesserung eingetreten sei. Nun aber hat der Beklagte weder zu behaupten vermocht, daß die eigenen Vermögens-Verhältnisse der Klägerin sich gebessert, noch auch, das eins oder das andere ihrer sonstigen Kinder in die Lage gekommen sei, ihr ebenfalls Unterstützung zu gewähren: und somit ist der erste Beweis des Obergerichts durch die Acten nicht gerechtfertigt.

Das Gleiche gilt

b.) von dem zweiten Beweise des Obergerichts, welcher dahin geht:

daß und wie weit er, Beklagter, nach seinen Vermögens-Verhältnissen nicht mehr im Stande sei, der Klägerin eine wöchenliche Alimente von 6 ℔ Crt. zu bezahlen.

Denn auch für diesen Beweis fehlt es an einer entsprechenden relevanten Behauptung des Beklagten.

Da die Alimentationspflicht der Kinder den Aeltern gegenüber dadurch überhaupt bedingt ist, daß ihre Vermögens-Verhältnisse sie ihnen gestatten, ohne selbst zu darben, so leidet es keinen Zweifel, daß sie mindestens die Herabsetzung des von ihnen versprochenen Alimentenquantums unter Umständen verlangen können.

Allein Beklagter hätte, um ganz oder theilweise sich von der Verpflichtung der versprochenen Alimente zu befreien, behaupten müssen, daß seit dem ertheilten Versprechen seine Vermögens-Verhältnisse sich verschlechtert, seine Einnahme sich erheblich verringert haben. Und dies hat er nicht gethan. In den exceptiones erster Instanz sagt er nur, bei den jetzigen theuren Zeiten wäre er nicht im Stande irgend etwas für die Klägerin ferner zu thun. Diese Behauptung ist gar nicht zu beachten. Denn einestheils war seit dem November 1854, mit welchem das Versprechen ins Leben trat, oder auch dem Juni, wo es ertheilt ward, bis zum 13. Jan. des folgenden Jahres wenn überall, doch keinenfalls eine solche Steigerung des Preises der nothwendigen Lebensbedürfnisse eingetreten, welche irgend in Betracht gezogen werden kann, theils hätte eine solche inzwischen eingetretene allgemeine Theurung die Klägerin der versprochenen Alimente nur um so bedürftiger gemacht. In der Duplik, wo das Versprechen so interpretirt wird, als sei es auf die Ersparnisse der Ehefrau des Beklagten von den Haushaltungsgeldern beschränkt gewesen, wird denn auch gar nicht einmal mehr behauptet, daß eine solche Steigerung der Theurung inzwischen eingetreten sei, sondern nur, es sei wegen der bekannten hohen Preise aller Lebensmittel seiner Frau nicht möglich gewesen, 6 ℔ wöchentlich von ihrem Hausstandsgelde zurückzulegen, worauf natürlich gar nichts ankommt. Zwar fügte er hier hinzu, er seinerseits habe auch deswegen nichts thun wollen, weil er an einem Sohne der Klägerin in St. Petersburg auf eine empörende Weise Bco.℔ 2900 verloren gehabt habe. Allein er giebt gar nicht an, daß dieser

Verlust nach der Zeit des geleisteten Alimenten-Versprechens eingetreten sei; auch würde derselbe den Anspruch auf gänzliche Befreiung von den Alimenten nicht begründen, und ist der Beklagte in zweiter Instanz so wenig wie in gegenwärtiger hierauf wieder zurückgekommen.

Nach diesen Ausführungen war der principalen auf Herstellung des Prätur-Erkenntnisses gerichteten Beschwerde der Klägerin Statt zu geben, wodurch sich nicht nur deren eventuelle zweite Beschwerde erledigt, sondern

ad II. auch die Frage nach der Beweislast, welche den Gegenstand der Adhäsion des Beklagten bildet, als keiner Entscheidung bedürfend darstellt, eine Entscheidung, die übrigens nur würde dahin ausfallen können, daß die Beweislast in diesem Falle, wo versprochene Alimente vorliegen, mit vollem Rechte vom Obergerichte dem Beklagten auferlegt sei.

Mit Rücksicht hierauf mußte denn auch, so viel die Kosten dieser Instanz betrifft, der Beklagte in die Tragung der Hälfte derselben, wie im Urtheile geschehen, verurtheilt und nur hinsichtlich der anderen Hälfte Compensation erkannt werden.

№ 26.

In Sachen **J. S. Meyer**, Buchhändler, Klägers (Kläger führte seine Sache so im Niedergericht und Obergericht, als im Ober-Appellationsgericht selbst ohne advocatischen Beistand) so wie in (separat geführten) Sachen **G. H. F. de Castres de Tersac** (Anwald **Dr. J. H. Steinhagen**) Kläger, in dritter Instanz accessorischer Intervenient ad causam **J. S. Meyer** contra **Drem. L. F. Noack**, mand. noie **Eduard Robert Kittler**, Buchhändler, Beklagten (Anwald **Dr. L. F. Noack**).

A. Rechtsfall:

Diesem Rechtsstreite liegen folgende actenkundige thatsächliche Verhältnisse zum Grunde:

Der Buchhändler J. S. Meyer in Hamburg, Kläger, hat aus der Concursmasse des Buchhändlers Georg Blatt in

Altona am 6. October 1851 in öffentlicher Versteigerung von dem im Verlage des gedachten Blatt im Jahre 1843 erschienenen Werke:

Beautés de la litterature française moderne
par
G. H. F. de Castres de Tersac,

welches nebenbei den deutschen Titel führte:
„Blüthen aus dem Gebiete der neuern französischen Literatur. Eine Auswahl der gediegensten Bruchstücke aus den Klassikern ersten und zweiten Ranges des siebzehnten, achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts. Nebst biographischen Skizzen und grammatischen und kritischen Noten über jeden der angeführten Schriftsteller; eingeleitet durch einen kurzen Umriß der französischen Literaturgeschichte, von der ältesten Zeit bis auf Malherbes. Zum Gebrauch für Deutschlands höhere Schulen von G. H. de Castres de Tersac, Verfasser verschiedener Werke über die französische Sprache.

Der Geschmack an der Literatur ist ein Freund aller Zeiten!
Madame Clairon.

Altona, Verlag von Georg Blatt 1843"

429 Expl. sammt dem Verlagsrechte dieses Buches gekauft. Bald darauf erfuhr der Beklagte, daß sich von genanntem Buche, neben einer Menge von andern Artikeln, noch 1202 Exemplare in den Händen und auf dem Lager des Buchhändlers Volckmar zu Leipzig befanden. Wegen dieser 1202 in dem betreffenden Auctionscataloge der zur Blatt'schen Masse gehörigen Gegenstände gar nicht aufgeführten Exemplare nun trat am 16ten October 1851 der Beklagte, Robert Kittler zu Hamburg, mit dem Concurscurator, Advocat Adolph Schmidt zu Altona, in Unterhandlungen, in deren Folge der Beklagte Kittler diese 1202 in Leipzig lagernden Exemplare, unter Zustimmung des Concursgerichtes, zum Maculaturpreise erstanden hat, zwar ohne Verlagsrecht, jedoch, ausweise eines, wiewohl erst pendente lite ausgestellten und vom Beklagten zu den Acten gebrachten Attestes der Altonaer Concursbehörde „zu seinem unbeschränkten Eigenthum."

Im Sommer des Jahres 1852 ließ darauf der Beklagte Robert Kittler dem Kläger J. S. Meyer brieflich durch einen Altonaer, Namens Rudolph, in Firma „Wendeborn'sche Buchhandlung," nach, in seinem des Beklagten Auftrage, voraufgegangener schriftlichen Verhandlung (zwischen Rudolph und Meyer) ein Geldgebot für Abtretung von ihm, dem Kläger,

erworbenen Verlagsrechts der Blüthen, sammt den noch vorhandenen Exemplaren machen. Das Angebot des Beklagten wurde jedoch vom Kläger als zu niedrig refüsirt, sowie die Forderung des letzteren vom Beklagten für zu hoch befunden wurde.

Im Jahre 1852 hat darauf der Beklagte, welcher, wie gesagt, sehr wohl wußte, daß Kläger das Verlagsrecht jener „Beautés“ erworben hatte, von den seinseitigen Exemplaren jenes Werkes die Original-Titelblätter entfernt und statt deren neue, von ihm nachgedruckte Titelblätter und Umschläge substituirt. Die Aenderungen, welche der Beklagte sich dabei erlaubte, sind folgende:

a) Die Worte des Original-Titels: „Altona, Verlag von Georg Blatt, 1843“ sind durch den Beklagten abgeändert in „Hamburg, Robert Kittler, 1852.“
b) Auch auf dem Umschlage und dem französischen Titelblatt ist die Firma und Jahreszahl gleichartig abgeändert.
c) Auf dem nachgedruckten deutschen Titelblatte sind die auf dem Original befindlichen Worte: ersten und zweiten Ranges und das Wort: kurzen gänzlich weggelassen, ebenso
d) ist hinter dem Titelblatte die auf dem Original mittelst der Worte: Hamburg, gedruckt bei J. C. H. Witt bezeichnete Druckerfirma gänzlich weggelassen; endlich
e) ist die typographische Anordnung und Eintheilung der Zeilen, fetten und magern Schriften, sowie die Zahl der Zeilen auf dem Original eine andere, wie die auf dem nachgedruckten Titelblatte.

Nachdem der Beklagte in obgedachter Art die „Beautés“ abgeändert hatte, sandte er, am 10. August 1852, 1168 Exemplare der nachgedruckten Titelblätter nach Leipzig und versandte demnächst allgemein am 1. October 1852 dies mit den nachgedruckten Titelblättern und Umschlage bekleidete Buch als zweite Ausgabe pro novitate, wie die zu den Acten gekommenen Facturen lauten, in den deutschen und außerdeutschen Buchhandel, nachdem zuvor der Kläger im Jahre 1851 die seinseitigen (Original-) Exemplare, als 1843 erschienen, so in dem zu Leipzig erscheinenden Allgemeinen Wahlzettel für den deutschen Buchhandel, als in den verschiedenartigsten deutschen Zeitungen als seinen Verlagsartikel ausgeboten hatte, und zwar, wie natürlich, ohne den unwahren Beisatz „Zweite Ausgabe.“

Endlich hat der Beklagte in einer Anzeige von in seinem Verlage erschienenen Büchern, welche dem letzten Bogen der

in seinem Verlage 1853 erschienenen, bei Teubner in Leipzig gedruckten „Neuen portugiesischen Sprachlehre" von Eduard Theodor Bösche angedruckt ist, unter der Ueberschrift: „Im Verlage von R. Kittler in Hamburg sind ferner erschienen" auch die „Beauté's" als 1852 in seinem Verlage erschienen angekündigt, hier zwar ohne den Beisatz zweite Ausgabe, jedoch ebenfalls unter Auslassung der Worte „ersten und zweiten Ranges" aus dem deutschen Titel, und zum Preise von 15 Neugroschen ausgeboten, mit dem Beisatze „In Parthieen von 20 Exemplaren das Exemplar zu 12 Neugroschen, und folgender Empfehlung: „In historischer Reihenfolge eins der interessantesten französischen Lesebücher, wissenschaftlich und mit viel Geschmack ausgewählt und geordnet, gleichsam eine französische Literaturgeschichte in Beispielen und dennoch ganz ungewöhnlich billig."

Der Kläger fühlte durch solche Thätigkeit des Beklagten sich in seinem Verlagsrechte dermaaßen gekränkt, daß er am 9. Mai 1853 sich veranlaßt sah, dem p. t. ersten Polizeiherrn Senator Dr. Binder dieselbe zu denunciren und, unter Berufung auf das wider den Nachdruck ergangene Bundesgesetz resp. der hamburgischen Verordnung, die Unterdrückung der vom Beklagten veranstalteten, als Nachdruck zu betrachtenden Ausgabe, eventuell eine Untersuchung der Sache durch den Herrn Criminalactuar zu beantragen. Der Polizeiherr verwies jedoch auf Grund solcher Untersuchung den Kläger, dort Denuncianten, am 17. Mai 1853 an das competente Civilgericht, „zu dessen Cognition die Frage gehöre, wie weit event. Denunciat sich durch die fraglichen Aenderungen einen unerlaubten Eingriff in die Rechte des Denuncianten habe zu Schulden kommen lassen." Gegen dieses Polizei-Erkenntniß supplicirte der Kläger (Denunciant) an den Senat, während ihm, dem Kläger (Denuncianten) unbewußt, der Beklagte (Denunciat) sich eine vierwöchentliche Frist zur Vernehmlassung vom Senate erbat. Nachdem dieser Bitte des Denunciaten abseiten des Senats deferirt worden, producirte, ebenfalls dem Beklagten unbewußt, der Denunciat Kittler seine Vernehmlassung im Senate, begleitet von einem Privatatteste, d. d. Mai 28, 1853, von 11 Leipziger Buchhändlern, sowie von einem Separatgutachten des Leipziger Buchhändlers Ludwig Wilhelm Reisland, d. d. Mai 23, 1853, welche seine, des Beklagten, Handlungsweise als eine Usance im Buchhandel hinstellten und den Denunciaten danach für befugt erklärten, die von

ihm angekauften Exemplare mit seiner Firma als neue Ausgabe zu versehen. Gestützt auf dieses wiewohl einseitige und unbeschworne Attest von 11 Buchhändlern confirmirte der Senat mittelst Decret vom 8. Juli 1853 lediglich das polizeiliche Erkenntniß, und führte in den Motiven ebenfalls an, „daß die Frage, ob durch das Verfahren des Denunciaten etwaige Rechte des Denuncianten oder sonstiger Betheiligten verletzt sind, worüber es bis jetzt an einem genügenden Nachweis fehlt, und ob namentlich das beantragte Debitsverbot aus diesem Grunde zu rechtfertigen ist, nur im civilrechtlichen Verfahren, für welchen partibus competentia vorbehalten sind, zu entscheiden ist." Der Autor de Castres de Tersac, welcher durch seinen Anwald, Herrn Dr. S. Albrecht, auf eigene Hand supplicando beim Senate gegen das seiner Ansicht nach auch seine Interessen verkennende polizeiliche Erkenntniß sich ebenfalls beschwert hatte, wurde gleichzeitig lediglich auf das in obenerwähnte Sachen des Denuncianten Meyer abgegebene Decret vom 8. Juli 1853 verwiesen. Der Denunciant Meyer wendete darauf am 16. Juli 1853, in Anbetracht, daß ihm keine Gelegenheit zu einem Parere gegenüber der, ihm unbewußt, seitens des Denunciaten im Senate producirten von Privatattesten und sonstigen Vertheidigungsmitteln begleiteten Vernehmlassung, eine nochmalige Supplication ein, um sich eine vierwöchentliche Frist für Herbeischaffung weiterer zum Zwecke der Rechtfertigung seiner Denunciation dienlichen Materialien zu erwirken, wurde aber am 22. Juli 1853 desfalls abschläglich beschieden. So erwuchs die Sache im August 1853 an das Niedergericht, in welchem so der Denunciant Meyer, wie auch etwas später der Autor der „Beautés," jeder in separato gegen den Denunciaten Kittler eine Klage auf Beseitigung der nachgedruckten Titelblätter anstellten, indem sie gleichzeitig von dem Beklagten eine öffentliche Erklärung verlangten, daß das Buch niemals als zweite Ausgabe und niemals im Verlage des Beklagten erschienen sei, und zwar alles dies auf Grund so des Bundesgesetzes von 1845 als der hamburgischen, ebenfalls jede Verletzung eines Verlagsrechtes als Nachdruck verbietenden Verordnung wider den Nachdruck von 1847.

Nach Beseitigung des Competenzstreites und Verwerfung sonstiger dilatorischer Einreden wurde, mittelst Erkenntnisses vom 5. Mai 1854, die Klage des Autors, unter Kostenverurtheilung desselben, auf Grund der fehlenden Legitimation

des Klägers zur Klage gänzlich abgewiesen, und wurde solches gegen den Autor ergangene Erkenntniß vom Obergericht pure ohne Mittheilung von Entscheidungsgründen confirmirt, so daß, bei Conformität beider Urtheile, dem Autor ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr, und nur noch später in dritter Instanz die von ihm ergriffene, jedoch „wegen Mangel an Interesse und wegen voraufgegangener zwei conformer Erkenntnisse" als unstatthaft zurückgewiesene accessorische Intervention zur Vernehmlassung des Klägers auf die in dritter Instanz vom Beklagten ergriffene Ober-Appellation erübrigte. Anders ging es der Klage des verlagsberechtigten Klägers Meyer im Niedergericht, auf welche ebenfalls am 5. Mai 1854, unter ausführlicher Motivirung, erkannt wurde: „daß Kläger, da bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen und hamburgischer Präjudicate ein Nachweis über die desfallsigen Usancen" (auf welche der Beklagte mit großer Entschiedenheit und unterstützt von dem vorerwähnten einseitigen Leipziger Elfer Gutachten und Reisland'schen Separatgutachten so im Untersuchungs-Verfahren, als im Niedergerichte sich berufen hatte) „des Buchhandels erforderlich, schon nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen den Kläger die Beweislast trifft, zu erweisen schuldig:

> daß ihm, nach dem im Buchhandel bestehenden Usancen, unter den (im Erkenntnisse) näher angegebenen Umständen, die Befugniß zustehe, dem Beklagten den Vertrieb und Verkauf der seinerseits erstandenen 1202 Exemplare mit den (im Erkenntnisse unter 3a hervorgehobenen) Titelveränderungen zu verbieten." Dem Beklagten wurde der Gegenbeweis vorbehalten.

Gegen dieses Urtheil des Niedergerichts wurde von beiden Partheien an das Obergericht appellirt, welches, unter Aufhebung des niedergerichtlichen Urtheils und Compensation der obergerichtlichen Kosten, am 8. Januar 1855 erkannte:

> daß Beklagter in termino praefigendo, reprobatione salva, den Beweis zu führen schuldig sei:
>
> daß nach einer bei dem Buchhandel bestehenden Gewohnheit, er befugt gewesen sei, die gekauften Exemplare des Buches: de Castres de Tersac beautés de la litterature française moderne, so wie geschehen, mit einem veränderten Titel zu versehen und das Buch auf demselben als eine bei ihm 1852 herausgekommene zweite Ausgabe

zu bezeichnen, auch dies Buch als in seinem Verlage erschienen durch Buchhändler-Anzeigen zur Kunde des Publikums zu bringen, ungeachtet der Kläger das Verlagsrecht käuflich erworben hatte und dem Beklagten dies bekannt war.

Gegen diese Entscheidung nahm der Beklagte die Ober-Appellation zur Hand, und daraus, daß er in höchster Instanz gleichzeitig die gänzliche Abweisung der Klage beantragte, nahm Kläger den Grund, als vom Ober-Appellationsgerichte ihm eine Vernehmlassung auf das beklagtische Ober-Appellationslibell nachgelassen worden war, **adhaerendo** die sofortige Verurtheilung des Beklagten zu beantragen. Das Ober-Appellationsgericht verwarf jedoch die Adhäsion, wie auch die mit der Vernehmlassung producirte accessorische Intervention des Verfassers der „**Beautés**,“ ließ es vielmehr, wiewohl unter Compensation der Kosten und sehr ausführlichen und das Recht des Klägers als an sich begründet anerkennenden Entscheidungsgründen, bei dem obergerichtlichen Erkenntniß, mit Ausnahme einer etwas veränderten Fassung des Beweissatzes, welcher dahin normirt wurde, daß Beklagter zu beweisen schuldig:

daß nach einem im Buchhandel bestehenden Gewohnheitsrechte der Beklagte, ungeachtet der Kläger das Werk **de Castres de Tersac beautés &c.** in 429 Exemplaren mit dem Verlagsrechte erworben gehabt und Beklagter dies gewußt habe, gleichwohl befugt gewesen sei, die später von ihm gekauften Exemplare dieses Werkes, so wie geschehen, mit einem veränderten Titel zu versehen und auf demselben das Buch als eine bei ihm erschienene zweite Ausgabe zu bezeichnen, auch dasselbe in eine Anzeige der in seinem Verlage erschienenen Werke mit aufzunehmen.

B. Rechtssätze:

a) Aus der Entscheidung des Senats:

1) Nachdruck setzt eine unbefugte Vervielfältigung voraus und hat die Confiscation der unrechtmäßig angefertigten Exemplare zur Folge.

2) Die Speculation, ein älteres längere Zeit dem buchhändlerischen Vertriebe entzogen gewesenes Buch, ohne Wissen und Willen des Verlagsberechtigten als zweite Ausgabe mit verändertem Titel, neuerer Jahreszahl und Substituirung der Firma des Speculanten für die Firma des wahren Verlegers, kann, wenn auch die gemachten Angaben der Wahrheit nicht entsprechen, und trotz des Widerspruches des Verlagsberechtigten als eine

eigentliche Täuschung nicht betrachtet werden, weil einem desfallsigen unbeschworenen Privatatteste zufolge und laut Bücher-Catalogen die Veranstaltung von dergleichen sogenannten Titelausgaben ein allgemein buchhändlerischer Gebrauch ist.

3) Titel-Ausgaben eines Buches bieten keine genügende Veranlassung zu einem polizeilichen Verkaufsverbot oder zu einer Bestrafung des Veranstalters derselben.

4) Ueber Verletzungen eines Verlags- oder sonstigen Rechtes dritter Personen mittelst Veranstaltungen von Titelausgaben, und über ein deßhalb etwa gerechtfertigtes Verbot derselben hat das Civilgericht zu entscheiden.

5) Ueber das Preßvergehen der Weglassung der Buchdrucker-Firma auf einer Titelausgabe hat die Polizei zu erkennen.*)

b) Aus den niedergerichtlichen Bescheiden:

1) Für Streitigkeiten zwischen Buchhändlern kann das Niedergericht nicht incompetent sein.

2) Das Interesse eines Verlagsberechtigten constirt genügend durch den Nachweis, daß er im Besitz des betreffenden Verlagsrechts ist.

3) Weder der Preis, um welchen ein Verlagsrecht erkauft, noch derjenige, für welchen der Käufer solches wiederum einem Dritten angeboten hat, kann auf die zur Competenz des Niedergerichts erforderliche Summe influiren.

4) Die Einrede der in einem andern Gerichte pendenten Provocation ist keine prozeßhindernde, wenn der Provocat in provocatorio nachweist, daß er in einem andern Gericht den gerühmten Anspruch bereits eingeklagt habe.

5) Zur Legitimation des Klägers wegen eines verletzten Verlagsrechts ist nicht die Beibringung des Verlagscontractes, sondern nur der allgemeine Nachweis des Erwerbes des Verlagsrechtes erforderlich.

6) Die gegen Nachdruck erlassenen Bundesgesetze können auf Titelausgaben nicht angewendet werden, weil sie sich nicht als eine unbefugte Vervielfältigung, also auch nicht als partieller Nachdruck darstellen.

7) Bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen und Hamburgischer Präjudicate sind zunächst die Erfahrung, Praxis und Gewohnheiten des Buchhandels maaßgebend für die rechtliche Beurtheilung

---

*) Es wurde im vorliegenden Falle auf 15 Thaler Strafe gegen den Denunciaten erkannt.

von Titelausgaben (wie solche hier in Rede stehen) und des Unterschiedes zwischen Ausgabe und Auflage.

8) Ein Gutachten, welches auf einseitigen Antrag einer Parthei von unbeeidigten Personen abgegeben worden, ist in formeller Beziehung nicht maaßgebend.

9) Der Nachweis von Usancen des Buchhandels, auch wenn der Beklagte sich auf solche mit Entschiedenheit berufen, während der Kläger ein bestimmtes Gesetz für sich in Anspruch nahm, trifft den Kläger, weil ihn nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen die Beweislast trifft.

10) Die Wirkungen eines Verlagsrechts müssen als völlig dunkel und unbestimmt angesehen werden, so lange sein specieller Inhalt nicht näher angegeben worden, selbst wenn derjenige, gegen den die Klage auf Verletzung des Verlagsrechtes gerichtet ist, ein Interesse an dem Verlagscontracte nicht zu begründen vermag.

11) Unter Verlagsrecht im Allgemeinen wird nur das Recht des Buchhändlers verstanden, ein ihm überlassenes Manuscript durch den Druck zu vervielfältigen und diese Vervielfältigungen auf buchhändlerischem Wege zu seinem Nutzen zu verbreiten.

12) In Dubio streitet die Präsumtion dafür, daß auch der Sortimentshändler, welcher nur die körperliche Substanz einer Anzahl von Exemplaren eines Verlagsartikels *ohne Verlagsrecht* angekauft hat, mit solchem Eigenthum nach freiestem Ermessen verfahren, also beliebige Veränderungen vornehmen darf.

13) Ein auf einseitigen Antrag einer Parthei provocirtes in formeller Beziehung zwar gerichtsseitig verworfenes Gutachten Sachverständiger liefert dennoch eine bündige Bescheinigung für die beklagtischerseits behauptete, klägerischerseits aber in Abrede gestellte Existenz buchhändlerischer Usancen (Thatsachen).

14) Bei der Beweisführung über die Existenz von Usancen kommt es nur darauf an, ob die Parthei, welche ihr Recht verletzt fühlt, gegen diejenige Thätigkeit, welche die andere Parthei durch Usance zu rechtfertigen versucht, ein Widerspruchsrecht hat.

15) Auf unerhebliche Auslassungen (auf einem nachgedruckten Titelblatte) bei Veranstaltung von Titelausgaben darf kein Gewicht gelegt werden.

16) Auf die Anzeige eines Sortimentshändlers, welcher größere Partheieen eines fremden Verlagsartikels übernimmt: daß dieser Artikel in *seinem* Verlage erschienen sei, so wie auf die Aufführung dieses fremden Verlagsartikels unter den eigenen Verlags-

artikeln darf kein Gewicht gelegt werden, weil es mit dergleichen Anzeigen und Aufführungen in Verlagscatalogen, im Buchhandel nicht so genau genommen wird.

Aus dem niedergerichtlichen Erkenntniß in Sachen des Autors:

17) Ein wirklicher Nachdruck berechtigt nicht nur den Verleger oder dessen Rechtsnachfolger, sondern auch den in seinem directen Interesse dadurch verletzten Autor zu einer selbstständigen Verfolgung.

18) In die etwaige Ueberschreitung von Befugnissen eines Sortimentshändlers, welcher eine große Anzahl von Exemplaren eines Verlagsartikels angekauft hat, so wie in den Vertrieb der rechtmäßigen, wenn auch unbefugt vom Sortimentshändler abgeänderten, Exemplare kann sich der Autor nicht selbstständig einmischen.

19) Die Frage über die Befugniß des Sortimentshändlers zu einer Titelausgabe und zur Ankündigung eines von ihm in großer Anzahl ohne Verlagsrecht erkauften Artikels unter seine Verlagsartikel als in seinem, des Sortimentshändlers Verlage erschienen, ist nur mit dem Verleger oder dessen Rechtsnachfolger auszumachen.

20) Der Autor kann weder in seiner Ehre, noch in pecuniärer Beziehung benachtheiligt werden durch eine zweite (Pseudo-) Ausgabe seines Buches, weil eine Vervielfältigung dabei nicht stattgefunden.

21) Die Nichtbetheiligung des Schriftstellers an einer (zweiten, Pseudo-) Titelausgabe (von 1852) läßt sich sofort erkennen durch die in derselben belassene *alte* Vorrede (welche vom Jahre 1843 datirt).

22) Ein Verlagscontract über eine wirkliche neue zweite Auflage mit dem Verlagsberechtigten kömmt nicht in Betracht, weil derselbe nach Vollendung der Pseudo-Ausgabe geschlossen worden.

23) Aus verschiedenen Büchern und Catalogen, in denen promiscue Commissions-Artikel und Bücher, die in großen Parthieen vom Verleger auf andere Buchhändler übergingen, aufgeführt sind, constirt genügend von selbst, daß es keine rechtswidrige Anmaaßung eines Verlagsrechts ist, wenn der Nichtverleger anzeigt, der betreffende, in Parthieen von ihm erworbene Artikel sei in seinem Verlage erschienen, *also auch ohne den* Nachweis, ob solchen Ankündigungen eine contractliche Uebereinkunft zu Grunde liegt.

24) In Ankündigungen der Art, wie sub 23 angegeben, kann nur die Anzeige gefunden werden, daß das betreffende Buch jederzeit auf dem Sortimentslager des Ankündigers vorräthig sei.

NB. Die Mehrzahl der vorstehend mitgetheilten Rechts-Anschauungen des Senats und des Niedergerichts findet ihre Erledigung durch die Entscheidungen beider höhern Instanzen.

c) Aus dem obergerichtlichen Erkenntnisse:

1) Der rechtmäßige Ankäufer einer Anzahl von Exemplaren eines Buches hat zwar das Recht des Wiederverkaufes dieser Exemplare, nicht aber die Befugniß zu irgend einer Veränderung, namentlich nicht dazu, das Buch mit einem neuen Titel zu versehen und als zweite Ausgabe in seinem Verlage erschienen, zu bezeichnen.

2) Die Veranstaltung eines neuen Titelblattes mit der unwahren Bezeichnung: zweite Ausgabe, und Substituirung der Firma des Sortimentshändlers für die Firma des wirklichen Verlegers ist keine Vervielfältigung in substrato.

3) Veränderungen des Titelblattes, wie oben angegeben, sind daher als Nachdruck im Sinne des § 1 der Verordnung in Betreff des Nachdrucks von 1847 nicht zu bezeichnen.*)

4) Die unwahre Bezeichnung eines Buches als 2te, und (9 Jahre) später erschienene Ausgabe, sowie die unwahre Ankündigung, daß solches im Verlage Desjenigen, welcher die Veränderungen des Titelblattes vornahm und seine Firma darauf setzte, erschienen sei, ist ersichtlich ein Eingriff in die Interessen des Verlagsberechtigten, und läßt das in seiner Originalgestalt befindliche Buch dem Publikum gegenüber als zu einer älteren und folgeweise praesumtiv weniger gut verkäuflichen Ausgabe, gehörig erscheinen.

5) Das Recht des Verlagsberechtigten, seinem Interesse Geltung zu verschaffen, muß an sich als ein Ausfluß des Verlagsrechts betrachtet werden.

---

*) Damit steht nicht im Widerspruch, solche Titelausgaben als eine Verletzung des Verlagsrechts des Verlagsberechtigten im Sinne des Artikel 1 der Verordnung von 1847 wider Nachdruck zu bezeichnen.

cf. unten sub 12 der oberappellationsgerichtl. Rechtssätze.

Anm. d. Red.

6) Die Nachweisung einer Gewohnheit muß demjenigen obliegen, welcher die Behauptung aufgestellt hat, daß sein Verfahren einem allgemein anerkannten Gewohnheitsrechte entspreche.

7) Documente, welche nach Production des Appellationslibelles producirt werden, können im spätern Beweisverfahren, nicht aber in appellatorio, berücksichtigt werden.

d) Aus dem oberappellationsgerichtlichen Erkenntnisse:

1) Bei nicht genügend nachgewiesenem Verlagsrechte hätte nicht auf Beweis erkannt werden können, darüber, ob die Veränderungen des Titelblattes und unwahre Anzeige, daß das Buch als zweite Ausgabe im Verlage Desjenigen erschienen, der seine Firma, ohne das Verlagsrecht zu besitzen, darauf gedruckt hat, eine Verletzung des Verlagsberechtigten enthalte?

2) Wenn auch beide unteren Instanzen einen Beweis als anticipiendo erbracht ansehen, aber nicht in gleichem Maaße diese Erbringung beurtheilen, vielmehr von einander abweichend dieselbe würdigen, so sind die Entscheidungen difform.

3) Ein auf einseitigen Antrag provocirtes unbeschworenes Gutachten entspricht weder aus dem Gesichtspunkte eines Beweises durch Sachverständige, noch eines Zeugenbeweises, den processualischen Erfordernissen irgend wie; daher ein solches Gutachten nicht als Gegenbeweis und auch der sonst nicht zu bestreitende Grundsatz: reprobatio reprobationis non datur nicht gelten darf.

4) Die Adhäsion des Appellaten ist zulässig, wenn der Appellant das ganze Urtheil voriger Instanz angreift, und in dem positiv Erkannten eine Difformität vorhanden ist.

5) Nach allgemeinen Rechtsprincipien erscheint es als eine Rechtsverletzung des Verlagsberechtigten, wenn ein Nichtverlagsberechtigter ein Buch als in seinem Verlage erschienen ankündigt und unter Entfernung der Originaltitelblätter mit einem neuen Titelblatte, veränderter Jahreszahl, dem unwahren Zusatze zweite Ausgabe unter Substituirung seiner eigenen Firma für die Firma des Verlegers, versieht.

6) Die Rechtsverletzung, wenn auch an sich begründet, schneidet dem Verletzenden dennoch nicht den Beweis eines von ihm behaupteten, ihm angeblich zur Seite stehenden Gewohnheitsrechtes ab, wenn die behauptete Gewohnheit nicht irrationell ist oder von dem Verletzten nicht schon deren Nichtexistenz nachgewiesen ist.

7) Das beneficium novorum darf in höherer Instanz nicht benutzt werden zur Antretung eines an sich schon der Parthei zustehenden

und in zweiter Instanz ihr noch ausdrücklich vorbehaltenen Beweises (oder Gegenbeweises).

8) Der § 149 der O. A. G. Ordnung kann nicht so aufgefaßt werden, daß vom O. A. G. **ex officio** der Bericht Sachverständiger eingeholt wird, wenn die vorige Instanz auf Beweis eines Gewohnheitsrechts erkannt hat.

9) Ein Verlagsrecht kann sich der Natur der Sache nach wohl auf mehr, aber nicht weniger als eine ganze Auflage erstrecken, und giebt dem Verleger an allen Exemplaren dieser Auflage das Eigenthum.

10) Ein Verlagsrecht sammt einer Anzahl von Exemplaren erwerben, heißt soviel, als das ausschließliche Recht zum buchhändlerischen Vertriebe der sämmtlichen dazu bestimmten noch vorhandenen Exemplare und selbstverständlich damit das Recht erwerben, jede Verletzung dieses Verlagsrechtes abseiten eines dritten auf Grund des Gesetzes (Artikel 1 der Hamb. Verordnung wider Nachdruck von 1847) zu verbieten.

11) Ein Verkauf von Exemplaren eines Buches, dessen Verlagsrecht ebenfalls mit einer Anzahl von Abdrücken bereits vorher an einen Andern veräußert worden, kann selbstverständlich auch nur mit Vorbehalt des vorher veräußerten Verlagsrechts an der ganzen Auflage erfolgen.

12) Die unwahre Bezeichnung eines Buches als 2te Ausgabe und die Aufnahme derselben in die öffentliche Anzeige der Verlagswerke des Veranstalters dieser Pseudo-Ausgabe ist eine civilrechtlich zu verfolgende Verletzung des Verlagsrechts, weil nach Art. 1 der Hamb. Verordnung v. 29. Nov. 1847 dem Verleger in Hamburg ein ausschließliches gegen Dritte wirksames Recht auf die öffentliche Bekanntmachung eines von ihm erworbenen Werkes durch den Druck und auf dessen Veräußerung, d. h. auf den buchhändlerischen Vertrieb, zusteht.*)

---

*) Diese nicht zu widerlegende oberinstanzliche Entscheidung, insofern sie der Interpretation des Artikels 1 der Hamburg. Verordnung wider Nachdruck von 1847 so der Polizei, als des Senats, geradezu entgegen steht, schließt wiederum die Anwendung des folgenden, für den Civilproceß bedeutungsvollen, Rechtssatzes in sich:

12a) Ein im Untersuchungs- (Straf-) Verfahren ergangenes freisprechendes Urtheil ist, wenn die den Gegenstand der Untersuchung oder Anschuldigung bildende Handlung später vom

13) Nur der Verleger ist berechtigt, mit einem Artikel seines Verlages, geeigneten Falles unter Zustimmung des Autors, irgend welche Veränderungen vorzunehmen.

14) Die amtliche Bescheinigung des Auctionators über den wirklichen Erwerb eines Verlagsrechts in öffentlicher Auction ist ein genügender Nachweis für den rechtmäßigen Besitz desselben.

15) Die Veranstaltung einer zweiten (Titel-) Ausgabe mit neuerer Jahreszahl ist eine den Absatz der in ihrer Originalgestalt befindlichen Exemplare beeinträchtigende Procedur.

16) Die Bekanntschaft desjenigen, der ein Verlagsrecht verletzt, mit diesem ihm nicht zustehenden Verlagsrecht ist für die Strafbarkeit des Verletzenden, nicht aber für das Recht des Verletzten von Bedeutung, wenn ein eigentlicher Nachdruck in solcher Verletzung läge.

17) Es ist schon deshalb, weil Verlagshandlungen sich das Recht ihre Verlagsartikel mit der Firma des Sortimentshändlers bezeichnet zu verkaufen besonders bezahlen lassen, eine Verletzung des Verlagsrechts, wenn Sortimentshändler sich dies ohne Wissen und Willen des Verlegers erlauben.

18) Für die geübte Verletzung eines Verlagsrechts ist es im Hinblick auf das dawider behauptete Gewohnheitsrecht von Bedeutung, daß der Verletzende sehr wohl wußte, daß das Verlagsrecht dem Verletzten gehöre.

19) Eine accessorische Intervention ist völlig unstatthaft, wenn der Intervenient mit einer derjenigen des Klägers völlig gleichen Klage rechtskräftig abgewiesen worden, und erfordert an dem Ausgange des Rechtsstreites ein Interesse des Intervenienten, welches durch den Obsieg der Parthei, welcher er beitreten will,

---

Civilrichter beurtheilt wird, nur bindend für denselben in Bezug auf das Factische, das heißt die mittelst der (polizeilichen) Untersuchung festgestellte Thatsache, ob der Angeschuldigte eine bestimmte Handlung geübt oder nicht geübt hat, nicht aber in sonst irgend einer Weise präjudicirlich für die dem Civilrichter zustehende — und ihm zur völligen selbstständigen Beurtheilung zu überlassende Entscheidung über die in Rede stehende Handlung.

(cf. Seuffert Archiv, Band 12, No. 202. Bd. 6, No. 272. Bd. 8, No. 96, 97. Bd. 9, No. 82, 83. Bd. 10, No. 92 und Bd. 11, No. 201.)

bedingt wird oder beim Unterliegen der Letzteren ihn einem Entschädigungsanspruche aussetzt.

20) Der Autor, welcher mit seiner, wegen Beseitigung der veränderten Titelblätter von dem von ihm verfaßten Buche gegen den Veranstalter der Pseudoausgabe angestellten, Klage rechtskräftig abgewiesen, hat kein durch den Obsieg des dieselbe Klage angestellt habenden Verlagsberechtigten bedingtes Klagerecht mehr.

21) Das Ehreninteresse des Schriftstellers, eine bestimmte Person in den Augen des Publicums nicht als seinen Verleger erscheinen zu lassen, kömmt nicht in Betracht, weil der Schriftsteller dagegen die Waffe der Oeffentlichkeit in der Hand hat und solches Interesse durch seinseitige Anzeigen wahren kann.

22) Der Schriftsteller kann, gegenüber einer ohne sein Wissen und Willen von einem gar nicht Verlagsberechtigten veranstalteten zweiten (Pseudo-) Ausgabe, sein pecuniäres Interesse, welches er an dem Erscheinen einer wirklichen zweiten verbesserten Ausgabe hat und welches in dem dafür vom rechtmäßigen Verleger contractmäßig zu beziehenden Honorare liegt, durch eine öffentliche Bekanntmachung, „daß die sogenannte zweite Ausgabe nur die erste mit verändertem Titel sei," wahren.

23) Nur eine unrichtige Auffassung der Streitgenossenschaft des Intervenienten und desjenigen, dem derselbe beigetreten (als Litisconsorten) würde deren solidarische Kostenverurtheilung rechtfertigen.

Vorbemerkung.

Aus mehrfachen Rücksichten empfahl es sich, dem sub Nr. 26 mitgetheilten Rechtsstreite, welcher zur Zeit (Februar 1859) sich noch in zweiter Instanz befindet, die aus dem Untersuchungsverfahren hervorgegangenen Entscheidungen (der Polizei und des Senats) sowie ein Interlocut des Niedergerichts voranzustellen.

Einmal ist nämlich der an sich interessante Rechtsfall bemerkenswerth um deshalb — weil die Polizei und mit ihr der Senat (abweichend von der früheren sowohl als späteren Praxis, nach welcher zuerst die criminelle Bestrafung und Unschädlichmachung des Nachdruckers stattfand und dann erst wegen Schadensansprüche des Beschädigten rc. das Civilgericht zu

entscheiden hatte) sich eines Urtheils über die in demselben unverkennbar hervortretende in der Vervielfältigung*) von Titelblättern sich äußernde Nachdrucksthätigkeit so lange enthalten zu müssen glaubten, bis die Civilbehörde Recht gesprochen habe.

Aus diesem Grunde schon durften die Vorentscheidungen — wenn die criminelle Beurtheilung und Auffassung vom juristischen Standpunkte aus, eine richtige sein soll, nicht weggelassen werden; andrerseits durfte angenommen werden, daß ein sechs Jahre hindurch verfolgter Rechtsstreit zwar zum wirklichen Austrag kommen, die Definitiventscheidung aber vermöge der in diesem Prozesse so continuirlich wie wohl kaum in einem andern vorgekommenen**) Meinungsverschiedenheit zwischen dem Niedergericht und dem Obergericht nur in höchster Instanz erfolgen, und endlich, daß in dieser Definitiventscheidung die Entscheidung des Senats allegirt werden wird, gleichwie schon das Niedergericht in seinem unten mitgetheilten Urtheil dieselbe citirt.

Es erschien überdem die Mittheilung der Vorentscheidungen, wenn die Definitiventscheidung (welche hoffentlich in einem spätern Bande dieser Sammlung Aufnahme finden wird) überall allgemein verstanden werden soll, sogar nothwendig. —

Zweitens trat der Umstand hinzu, daß gerade die Bestrebungen der Gegenwart — so der Gesetzgeber als der Schrift-

---

*) Eine Vervielfältigung würde nur dann etwa rechtlich eine andere Beurtheilung als die aus dem Gesetze wider Nachdruck resultirende zulassen, wenn die Titelblätter durch einen casus untergegangen wären; da jedoch, wo lediglich in gewinnsüchtiger Absicht eben so viele und noch dazu gefälschte Titelblätter neu gedruckt wurden, als in gewinnsüchtiger Absicht alte (Original-) Titelblätter, zum wirklichen oder auch nur möglichen Vermögensnachtheile eines dritten Betheiligten, beseitigt worden waren, kann niemals, weder factisch noch rechtlich, eine andere Beurtheilung zulässig sein. Anm. d. Red.

**) Drei in dieser Sache später ergangene Zwischenbescheide des Niedergerichts wurden vom Obergericht wesentlich reformirt.

steller, Künstler, Verleger und nicht minder der Rechtsgelehrten mehr denn je darauf gerichtet sind, mindestens für das Gebiet der geistigen Urheberschaft ein gemeinsames Recht und damit verbundenen Schutz herzustellen, Bestrebungen, welche bereits einen lebendigen Ausdruck erhalten haben in dem als Manuscript gedruckten (d. d. December 27, 1857) „Entwurf eines Gesetzes für Deutschland zum Schutze des Urheberrechtes an Werken der Literatur und Kunst gegen Nachdruck, sowie gegen unbefugte Nachbildung und Aufführung nebst Motiven. Seitens des Börsen-Vereines der deutschen Buchhändler und der Deputirten des Buchhandels zu Leipzig der Königl. Sächs. Staatsregierung überreicht“ *), sowie in den höchst schätzenswerthen, umfangreicheren Werken des Dr. jur. Hartmann Schellwitz, Prof. Jolly, Eisenlohr, und vor allem in dem obenanstehenden überall rühmlichst anerkannten Werke „das Verlagsrecht, von Dr. jur. Oscar Wächter zu Stuttgart, Stuttgart. Cotta 1857—58.“

Aus den hier angeführten Gründen war es nicht minder dem Zweck dieser Sammlung sowohl entsprechend — als, im besondern Hinblick auf die allseitig als nothwendig anerkannte Aus- und Fortbildung des literarischen Rechts überhaupt und des Autorrechts insbesondere, angemessen, diejenigen Entschei-

*) Daß dieser Entwurf (74 Paragraphen auf 40 Folioseiten) — mit wenigen Modificationen — demnächst den allseitigen Wünschen entsprechend, als Bundesgesetz promulgirt werden wird, ist um so weniger zweifellos als derselbe unter persönlicher Betheiligung des Herrn Vicedirectors, Freiherr v. Burgsdorf, des Sächs. Geheimraths Dr. Weinlig, f. d. Ministerium des Innern, des Regierungsrathes v. Witzleben, f. d. Königl. Kreisdirection zu Leipzig und des Vorsitzenden d. Königl. preußischen literarischen Sachverständigenvereins, Justizraths Hinschius, für die vom Buchhandel ernannte Berliner Juristen-Commission zu Stande gekommen ist, und auf Grundlage umfangreicher Gutachten der Herren Professoren Dr. Jolly und Dr. Eisenlohr in Heidelberg, Dr. Oscar Wächter in Stuttgart und Dr. Volkmann in Leizig in elf Sitzungen von den namhaftesten Buchhändlern und den ebengenannten Gelehrten berathen und beschlossen worden.

dungen mit abzudrucken, welche in Sachen des neben dem verlagsberechtigten Kläger selbstständig als Kläger auftretenden Autors gegen den Beklagten ergangen sind, ganz abgesehen von dem Interesse, welches die Intervention des Autors in dritter Instanz darbietet.

Protocoll der Polizei-Behörde
vom 17. Mai 1853.

Erkannt. Da der Denunciat Robert Kittler sein Eigenthumsrecht an einer Anzahl von Exemplaren der Blüthen aus dem Gebiete der neuen französischen Literatur von G. H. T. de Castres de Tersac genügend dargethan hat, die Frage aber, inwiefern derselbe zur Abänderung des Tittelblatts dahin, daß auf demselben das Buch als 2te Ausgabe und mit der Firma R. Kittler Hamburg 1852 bezeichnet ist, berechtigt war und event. wie weit er sich durch diese Aenderung einen unerlaubten Eingriff in die Rechte des Denuncianten J. S. Meyer hat zu Schulden kommen lassen, zur Cognition des competenten Civilgerichts gehört, daß der Denunciant mit seiner Beschwerde über Kittler event. an das Civilgericht, welchem auf Requisition diese Untersuchungsacten transmittirt werden sollen, zu verweisen ist.

Decret des Senats
vom 8. Juli 1853.

Auf Supplication des Denuncianten und auf Vernehmlassung *) des Denunciaten.

Da der Denunciat Robert Kittler diejenigen ca. 1200 Exemplare des im Jahre 1843 im Verlag von Blatt in Altona erschienenen Buches:

---

*) Die Vernehmlassung des Denunciaten geschah dem Denuncianten unbewußt, wie überall dieselbe dem letzteren nicht mitgetheilt

„Blüthen aus dem Gebiete der neuen französischen Literatur von de Castres de Tersac,"
welche er aus der Blattschen Concursmasse im Herbst 1851 als sein rechtmäßiges Eigenthum erworben hat, mit einem neuen Titelblatte — das, unter Weglassung der Verlags- und Druckangaben, die Bezeichnungen: „2te Ausgabe. Hamburg. Robert Kittler. 1852" enthält — in Vertrieb gesetzt hat;

da hinsichtlich dieser, in solcher Weise debitirten, Exemplare ein zu bestrafender Nachdruck*) in keiner, auch nicht in theil-

---

wurde, wodurch es dem Denunciaten im Untersuchungsverfahren gelang, ein einseitiges Privatgutachten zur Anerkennung des Senats zu bringen, indem ja dem Denuncianten keine Gelegenheit zur Beibringung eines Gegengutachtens und Parere gegenüber den vielen „Anlagen" des Denunciaten geboten war.

*) Die Verordnung vom 29. November 1847 lautet:

Artikel 1. Die Urheber, Verfasser und Verfertiger aller und jeder in den Staaten des deutschen Bundes erschienenen oder künftig erscheinenden Schriften und literarischen Erzeugnisse, sowie aller Werke der Kunst, sie mögen bereits veröffentlicht sein oder nicht, mit Inbegriff musikalischer Compositionen, oder bei einem von mehreren Mitarbeitern redigirten Werke die Unternehmer desselben, sowie diejenigen, welchen sie den Verlag übertragen, haben ein temporaires, ausschließliches Recht auf die öffentliche Bekanntmachung eines solchen Werks durch den Druck, sowie durch jede Vervielfältigung auf mechanischem Wege und dessen Veräußerung. Jede Verletzung dieses Rechts abseiten eines Dritten ist als Nachdruck verboten. Auch der Handel mit den nach den Vorschriften dieser Verordnung für nachgedruckt zu achtenden Werken ist untersagt.

Artikel 9. Der Nachdruck wird mit Confiscation der nachgedruckten Exemplare, bei Werken der Kunst überdies mit Beschlagnahme der zur Nachbildung gemachten Vorrichtungen, Formen, Platten und Steine, und mit einer Geldbuße bis zu fünfhundert Reichsthalern bestraft. Ueberdies ist der Nachdrucker einen vollen Schadensersatz zu leisten schuldig, welcher nach richterlichem Ermessen bis auf den Verkaufspreis von 1000 Exemplaren ansteigen, ja sich noch höher belaufen kann, wenn ein größerer Schaden nachgewiesen ist.

weiser, Beziehung vorliegt, weil der Nachdruck eine unbefugte Vervielfältigung des Buches, welche im vorliegenden Falle nicht stattgefunden, voraussetzen würde und die Confiscation der unrechtmäßig angefertigten Exemplare, dergleichen überall keine vorhanden sind, zur Folge haben müßte;

da das Verfahren des Robert Kittler vielmehr als eine Speculation sich darstellt, welche den Absatz der angekauften größeren Anzahl Exemplare des während einiger Zeit dem buchhändlerischen Vertrieb entzogen gewesenen Buches durch die Ankündigung und Umhersendung als 2te Ausgabe zu befördern bezweckt;

da dieses benutzte Absatzmittel, — wenn auch die gemachten Angaben der Wahrheit nicht entsprechen, — doch, wie anzunehmen und soweit bekannt, keine pecuniaire Uebervortheilung des Publikums zur Folge gehabt und überall als eine eigentliche Täuschung um deshalb nicht betrachtet werden kann, weil die Veranstaltung von dergleichen s. g. Titel-Ausgaben ein durch die Büchercataloge allgemein bekannter buchhändlerischer Gebrauch ist, der, — wie auch aus dem als Anlage H zur Kittler'schen Vernehmlassung producirten Leipziger Gutachten zu entnehmen ist, — von vielen Buchhändlern, unter Umständen und zu Zwecken, wie die vorliegenden, als ein erlaubter gebilligt und gerechtfertigt wird;

da somit im polizeilichen Untersuchungsverfahren zu einer Bestrafung des Denunciaten und zur Erlassung des vom Denuncianten, in Beziehung auf die mit einem neuen Titelblatte versehenen Exemplare, beantragten Verkaufs-Verbotes keine genügende Veranlassung vorliegt;

wogegen die Frage: ob durch das Verfahren des Denunciaten etwaige Rechte des Denuncianten oder sonstiger Betheiligter verletzt sind, — worüber es bis jetzt an einem genügenden Nachweis fehlt — und ob namentlich das beantragte Debitsverbot aus diesem Grunde zu rechtfertigen ist, nur im civilrechtlichen Verfahren, für welches Partibus competentia vorbehalten sind, zu entscheiden ist;

da endlich über das, in Beziehung auf die mangelnde Angabe des Druckers, denuncirte Preßvergehen abseiten der Polizei-Behörde noch überall nicht erkannt worden:

daß das polizeiliche Erkenntniß a quo vom 17. Mai d. J. zu confirmiren, übrigens aber die Sache, um über das denuncirte, bisjetzt unberücksichtigt gebliebene Preßvergehen des Denunciaten zu erkennen, an die Polizei-Behörde zurückzuverweisen ist.

Decret des Senats
vom 8. Juli 1853.

In (Supplications-) Sachen G. H. F. de Castres de Tersac (als Autor der Blüthen).

Daß der mand. noie Herr Supplicant auf das ad supplicas des Denuncianten J. S. Meyer vom 13. Juni d. J. heute abgegebene Decret zu verweisen ist. Die Original-Anlage A ist ret. cop. zu retradiren.

Decret des Senats
vom 22. Juli 1853.

(In Supplicationssachen J. S. Meyer puncto Gestattung einer vierwöchentlichen Frist zur Vorbringung neuer Momente, gleich den beklagtischen von auswärts zu beschaffender Materialien, zu Gegenvorstellungen und nochmaliger Beschwerdeführung und Supplication wider das Decret des Senats vom 8. Juli 1853.)

Da die auf Denunciation des Supplicanten gegen Robert Kittler wegen angeblichen Nachdruckes eingeleitete Untersuchungssache durch polizeiliches Erkenntniß und Senats-Decret entschieden ist, daß, auf das Gesuch des Supplicanten, um zu gestattende Einreichung fernerer Vorstellungen an den Senat und um eine zu dem Ende zu bewilligende vierwöchentliche Frist als unstatthaft nicht einzugehen ist.

Et det. cop. h. Decr. c. suppl. dem Wohlw. ersten Polizeiherrn ad acta qu. remitt.

Niedergerichtlicher Bescheid
vom 24. October 1853.

Da Streitigkeiten der vorliegenden Art zwischen zwei Buchhändlern in der Handelsgerichts-Ordnung nicht als zur ausschließlichen Competenz des Handelsgerichtes gehörig aufgeführt sind und schon deshalb das Niedergericht als das forum generale für Streitigkeiten dieser Art nicht incompetent sein kann, — da ferner für den Werth des Streitgegenstandes weder der Preis, den Kläger für das Verlagsrecht und die miterstandene Anzahl der Exemplare des fraglichen Buches, zu dem Zwecke einer damit zu machenden buchhändlerischen Unternehmung, bezahlt hat, noch die Summe, um welche er in späteren, zum Abschluß eines Vertrages nicht gelangten Unterhandlungen die gekauften Gegenstände wieder ausgeboten hat, maßgebend sein kann, wie denn namentlich auch die Frage, ob überall und eventualiter inwieweit das betreffende Verlagsrecht für den Kläger noch einen Werth gehabt habe, sich vor einer vollständigen Verhandlung der Sache selbst nicht gehörig beurtheilen läßt, — und somit auch in dieser Beziehung die Incompetenz des Niedergerichtes für jetzt nicht begründet erscheint, —

da ferner im Allgemeinen das Interesse des Klägers durch seinen obberegten Ankauf genügend constirt und dasselbe durch den Umstand, daß auch der Verfasser des fraglichen Buches seinerseits mit einer ganz ähnlichen Klage gegen den Beklagten hervortreten zu dürfen geglaubt hat, nicht beseitigt wird, —

da endlich die Einrede der Provocation und Litispendenz durch das in der Replik angezogene Erkenntniß des Handelsgerichts*) und die desfallsigen Erklärungen der Partheien erledigt ist, —

---

*) Der Beklagte, Robert Kittler, provocirte nämlich den Kläger Meyer beim Handelsgerichte; unmittelbar nachher aber stellte letzterer die niedergerichtliche Klage an, weßhalb die erste Kammer des Handelsgerichts am 22. August 1853 dahin erkannte: „daß, nachdem der Provocat nach ergangener Provocation bereits bei

daß m. n. Beklagter sich nunmehr i. t. auf die Klage hauptsächlich einzulassen schuldig, die bisherigen seit dem 19. August d. J. entstandenen Kosten aber zu compensiren seien.

Niedergerichtlicher Bescheid
vom 5. Mai 1854.

Da die dem gegenwärtigen Rechtsstreite zum Grunde liegenden factischen Verhältnisse dahin gehen,

1) daß Kläger aus der Concursmasse des Buchhändlers Blatt in Altona in öffentlicher Auction am 6. October 1851 und zwar für seine (Klägers) Rechnung durch den Altonaer Buchhändler Behnne von dem im Verlage des Blatt im Jahre 1843 erschienenen Buche „de Castres de Tersac beautés de la litterature française moderne“ 429 Exemplare mit dem Verlags-Rechte hat kaufen lassen, während Beklagter aus derselben Concursmasse von deren Curator A. Schmidt mit Genehmigung des Concurs-Gerichtes 1202 in Leipzig lagernde Exemplare desselben Werkes nach voraufgegangenen brieflichen Unterhandlungen am 31. October 1851 zu seinem unbeschränkten Eigenthum erstanden hat (cf. in letzter Beziehung die polizeilichen Untersuchungsacten No. 2 a, Anlagen A u. B und Anlage T zur Duplik Prozeßacten No. 53)
2) daß Beklagter sodann Ende Juli 1852 durch K. Wendeborn bei dem Kläger wegen Ueberlassung des Verlags-Rechtes des gedachten Buches an ihn in Unterhandlung

---

dem hiesigen Niedergericht gegen den Provocanten, wie geschehen, Klage erhoben hat, die Provocation, weil es ja darauf, daß der Provocat seine gerühmten Ansprüche als überhaupt und zunächst schon zur Competenz des Handelsgerichts stehend bezeichnete, überall nicht ankommt, für erledigt zu erachten.

Es wird die Entscheidung über die Kosten dieses Provocatorii bis zur Erledigung der Hauptsache ausgesetzt.“

getreten, die sich aber wegen des vom Kläger geforderten Preises zerschlagen hat (vergleiche Anl. 10 zur Replik, Act. No. 24, Anlage E zur prozeßhindernden Einredenschrift Act. No. 10 und polizeiliche Untersuchungsacten Anl. 10 ad Act. No. 3)

3) daß darauf der Beklagte seine Exemplare der beautés unter Vernichtung des Original-Titelblattes mit einem neuen Titelblatte versehen habe, worauf
   a) die Worte des Originaltitels: „Altona, Verlag von Georg Blatt 1843" in: „Hamburg, Robert Kittler 1852" abgeändert und das Buch als „zweite Ausgabe" bezeichnet ist, und
   b) aus dem deutschen Titel-Passus, „eingeleitet durch einen kurzen Umriß der französischen Literaturgeschichte" das Wort „kurzen" ausgelassen ist, während im Uebrigen das Buch selbst völlig intact geblieben und namentlich auch die alte Vorrede vom Jahre 1843 darin gelassen ist —

4) daß der Beklagte der bei ihm erschienenen Portugiesischen Sprachlehre von Bösche (Untersuchungsacten Anl. 2 ad Act. No. 3) ein Verzeichniß von in seinem Verlag erschienenen Büchern angeheftet hat, in welchem die beautés unter der Jahreszahl 1852 (jedoch ohne die Bezeichnung als zweite Ausgabe) aufgeführt stehen.

Da Kläger, auf diese Thatsachen sich stützend, das Recht in Anspruch nimmt, dem Beklagten den Verkauf seiner in obbezeichneter Weise abgeänderten Exemplare zu verbieten und von ihm eine öffentliche Erklärung verlangt, daß das Buch weder in seinem Verlage noch als zweite Ausgabe erschienen sei, —

da, so viel die Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache betrifft, bereits im Bescheide vom 24. October 1853 hervorgehoben ist, daß im Allgemeinen das Interesse des Klägers bei Anstellung der gegenwärtigen Klage durch den obgedachten Ankauf genügend constire, und die vom Beklagten verlangte Beibringung des ursprünglichen zwischen dem Ver-

fasser und dem Verleger Blatt abgeschlossenen Verlags-Contractes um so weniger erforderlich erscheint, als Kläger das in Anspruch genommene Recht nicht etwa aus speciellen Bestimmungen dieses Contractes, sondern lediglich daraus herleitet, das ihm allgemein das Verlags-Recht der „beautés“ mit verkauft sei, —

da zur näheren rechtlichen Begründung seines Klag-Rechtes Kläger sich zunächst darauf beruft, daß Beklagter sich durch sein oben unter No. 3 hervorgehobenes Verfahren eines partiellen Nachdruckes schuldig gemacht habe, in dieser Beziehung aber schon das in der Untersuchungs-Sache ergangene Senats-Decret vom 8. Juli 1853 (Prozeß-Acten No. 7) hervorgehoben hat, daß von einem Nachdrucke hier in keiner Weise die Rede sein könne, weil dieser eine hier gar nicht vorliegende unbefugte Vervielfältigung des Werkes voraussetzen würde, — da deshalb auch die gegen den Nachdruck erlassenen Bundesgesetze für den vorliegenden Fall überall nicht maaßgebend sein können und bei dem Mangel anderer, für das fragliche Verhältniß der Partheien zutreffender gesetzlicher Bestimmungen und hiesiger gerichtlicher Praejudicate um so mehr zunächst die Erfahrung und Praxis des Buchhandels für die Entscheidung der Sache wird maaßgebend sein müssen, weil es einmal in Folge der Nichtbeibringung des Verlagscontractes an positiven Vorlagen für die rechtliche Beurtheilung des Umfangs der klägerischen Rechte fehlt und weil sodann eine Reihe der einschlagenden Fragen, z. B. die über Titelausgaben und über den Unterschied zwischen „Ausgabe“ und „Auflage“ rein praktischer Natur sind und sich nur aus den Gewohnheiten des Buchhandels werden beantworten lassen —

da nun zwar der Beklagte in dieser Beziehung zur Wiederlegung des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechtes bereits ein Gutachten von elf erfahrenen und angesehenen Leipziger Buchhändlern beigebracht hat, das die Praetensionen des Klägers dem Beklagten gegenüber, in Folge seines Ankaufes eines großen Theiles der Vorräthe jenes Buches aus der ursprünglichen Verlagshandlung für völlig unberechtigt

erklärt — da indeß dies Gutachten in formeller Beziehung für jetzt um deshalb nicht maaßgebend sein kann, weil es auf den einseitigen Antrag des Beklagten von unbeeidigten Sachverständigen abgegeben ist, —

da, wenn somit ein fernerer Nachweis über die desfallsigen Usanzen des Buchhandels erforderlich ist, schon nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen den Kläger die Beweislast trifft und dahin auch die folgenden Berücksichtigungen führen, namentlich daß Kläger das Recht, woraus er seine gegen den Beklagten gestellten Anträge zu begründen versucht, das mit erstandene Verlagsrecht seinem speciellen Inhalte nach bisher überall nicht näher angegeben hat, unter diesen Umständen aber die Wirkungen dieses Verlagsrechtes um so mehr als völlig dunkel und unbestimmt angesehen werden müssen, als unter Verlagsrecht im Allgemeinen nur das Recht des Buchhändlers verstanden werden kann, ein ihm überlassenes Manuscript durch den Druck zu vervielfältigen und diese Vervielfältigungen auf buchhändlerischem Wege zu seinem Nutzen zu verbreiten und als diese letzte Befugniß im vorliegenden Falle dem Kläger jedenfalls nur für seine 429 Exemplare übertragen ist, indem für den größeren Theil der noch vorhandenen Auflage (für 1202 Exemplare) der Beklagte diese Befugniß durch deren Ankauf aus der Verlagshandlung erworben hat, — da auch im Zweifel die Praesumtion für die unbeschränkte Freiheit des Beklagten, mit seinem Eigenthume nach freiestem Ermessen zu verfahren, streiten würde, und diese Praesumtion hier noch wesentlich dadurch verstärkt wird, daß der Beklagte durch das beigebrachte Gutachten jedenfalls eine sehr bündige Bescheinigung dafür geliefert hat, daß er nur das gethan, was unter gleichen Umständen auch andere geachtete Buchhändler thun würden, —

da es bei dieser Beweisführung aber nur darauf ankommen kann, ob Kläger wirklich ein Widerspruchsrecht gegen das oben unter No. 3 a hervorgehobene Verfahren habe, indem für das streitige Verhältniß weder auf die völlig unerhebliche Auslassung des Wortes „kurz“ noch auch die oben unter No. 4

erwähnte beklagtische Verlagsankündigung Gewicht gelegt werden darf, indem in letzterer Beziehung der Beklagte genügend nachgewiesen hat, daß es mit solchen Ankündigungen auf Bücherumschlägen und selbst in Verlagscatalogen bei Uebernahme größerer Vorräthe eines Werkes im Buchhandel so genau nicht genommen werde

vergl. namentlich die vom Beklagten aufgeführten Beispiele in der hauptsächlichen Einlassung Act. No. 32 pag. 68 — 78 und in der Duplik Act. No. 52, pag. 62 — 64 und die zu diesen Stellen beigebrachten Bücher

wie denn in dieser Beziehung strenge genommen auch der Kläger nicht berechtigt sein könnte, noch in dem am 24. November 1851 erschienenen Leipziger allgemeinen Wahlzettel für den deutschen Buchhandel

vergl. Untersuchungsacten Anl. F zur Vernehmlassung vom 27. Juni 1853 mit Anl. K zur hauptsächlichen Einlassung Prozeßacten No. 34

anzuzeigen, daß die „beautés" im ganzen Vorrathe mit Verlags-Recht auf ihn übertragen seien, —

daß Kläger innerhalb 14 Tage bei Strafe der Abweisung von der Instanz Caution für die Prozeßkosten bis zur Summe von Ct.℔ 300 zu bestellen, und in einem nach Erledigung des Cautionspunktes anzuberaumenden Termin zu erweisen schuldig sei,

daß nach den im Buchhandel geltenden Usanzen unter den oben unter No. 1 — 2 näher angegebenen Umständen ihm (Kläger) als Käufer von 429 Exemplaren der „beautés" mit dem Verlagsrecht die Befugniß zustehe, dem Beklagten den Vertrieb und Verkauf der seinerseits erstandenen 1202 Exemplaren mit den oben unter 3a hervorgehobenen Titelveränderungen zu verbieten,

wogegen dem Beklagten der Gegenbeweis vorbehalten wird, bei dem es ihm unbenommen bleibt, sich des bereits Beigebrachten so viel Rechtens mit zu bedienen.

und wird dem Kläger seine völlig unpassende und unangemessene Schreibart unter Androhung nachdrücklicher Bestrafung im Wiederholungfalle hiemit allen Ernstes verwiesen.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 5. Mai 1854.

In Sachen Dris. J. H. Steinhagen subst. noie Dris. S. Albrecht mand. noie G. H. F. de Castres de Tersac (Anwald Dr. J. H. Steinhagen) contra Drm. L. F. Noack mand. noie Eduard Robert Kittler (Anwald Dr. L. F. Noack).

Da, wenn Beklagter sich wirklich eines Nachdruckes des vom Kläger herausgegebenen von Blatt in Altona verlegten Buches beautés de la litterature francaise u. s. w. schuldig gemacht hätte, nicht nur der Verleger oder dessen Rechtsnachfolger, sondern auch der Kläger als Autor selbstständig den Nachdruck zu verfolgen, befugt sein würde, weil durch solchen Nachdruck auch das directe Interesse des Autors verletzt werden würde — da hier aber von einem Nachdrucke überall nicht die Rede sein kann, indem ein solcher eine unbefugte Vervielfältigung des Buches voraussetzen würde, während der Beklagte sich darauf beschränkt hat,

1) die aus dem Concurse des Verlegers Blatt seinerseits gekauften rechtmäßigen Exemplare jenes Buches mit einem neuen in der Weise abgeänderten Titel zu versehen, daß darauf die Worte: „Altona, Verlag von Georg Blatt 1843" in „Hamburg, Robert Kittler 1852, 2te Ausgabe" abgeändert und aus dem Passus „eingeleitet durch einen kurzen Umriß" das Wort „kurz" weggelassen ist, — und

2) in einem Verzeichnisse einiger in seinem Verlage erschienener Werke auch das obgedachte Buch aufzuführen — da diese Handlungen somit sich nur auf den Vertrieb der noch von dem Verleger selbst veranstalteten rechtmäßigen Exemplare beziehen und Beklagter, wenn er dabei die als Käufer eines

großen Vorrathes jenes Buches ihm zustehenden Befugnisse überschritten haben sollte, sich dadurch nur dem Verleger oder dessen Rechtsnachfolger verantwortlich gemacht haben würde, nicht aber dem Autor der durch den abgeschlossenen Verlags-Contract den Vertrieb der rechtmäßigen Exemplare dem Verleger überlassen hat und der sich daher auch in diesen Vertrieb nicht weiter selbstständig einmischen kann, — da denn auch der Antiquar Meyer, der aus der Concursmasse des Verlegers 429 Exemplare des Buches mit dem Verlagsrechte erstanden hat als der (vom Kläger überdies anerkannte) Rechtsnachfolger des Verlegers Blatt, eine ganz gleiche Klage wie die vorliegende gegen den Beklagten erhoben hat, und somit die Frage, ob Beklagter zu den obgedachten Handlungen befugt war, lediglich mit dem letzteren auszumachen ist —

Da namentlich auch von einer Benachtheiligung des Klägers, sei es in pecuniairer Beziehung, sei es in Rücksicht auf seine Ehre, durch die Bezeichnung jener Exemplare als 2te Ausgabe, nicht die Rede sein kann, indem, wie bereits erwähnt ist, eine den Autor benachtheiligende unerlaubte Vervielfältigung des Buches gar nicht stattgefunden hat und der Umstand, daß die vom Jahre 1843 datirende Vorrede des Autors unverändert in demselben belassen ist, sofort die Nichtbetheiligung des Autors bei dieser buchhändlerischen Titelausgabe erkennen läßt, wie denn auch in dem auf pag. 45 der Einredenschrift citirten Verzeichnisse der Hinrichs'schen Buchhandlung in Leipzig über die vom Juli bis December 1852 erschienenen Bücher pag. 44 das fragliche Buch nur als eine neue Titelausgabe mit der alten Jahreszahl 1843 aufgeführt steht —

Da ferner der zwischen dem Kläger und dem Antiquar Meyer neuerdings geschlossene Contract über eine schon jetzt zu veranstaltende neue Ausgabe der Beautés (Anlage 5 zur Einredenschrift*), abgesehen von anderen Gründen, natürlich

---

*) Bei diesem Citat hat sich der Verfasser des Urtheils geirrt, denn die Anlage 5 wurde vom Kläger zu seinem Klageantrage producirt.

schon deshalb gar nicht in Betracht kommen kann, weil dieser Contract aus viel jüngerer Zeit datirt, als die hier zur Beurtheilung stehende Handlungsweise des Beklagten —

Da die übrigen in der Klageschrift zur Unterstützung des principalen Antrages vorgebrachten Momente und Behauptungen auf Redensarten hinauslaufen, denen keine rechtliche Bedeutung beigemessen werden kann, somit die Einrede der fehlenden Legitimation des Klägers zur Klage vollständig begründet erscheint —

Da, soviel die Nebenanträge der Klageschrift betrifft, der Beklagte genügend nachgewiesen hat, daß es mit solchen Ankündigungen auf Bücherumschlägen im Buchhandel so genau nicht genommen werde und auch Commissions-Artikel und Bücher, die in großen Vorräthen aus den Händen des eigentlichen Verlegers auf andere Buchhändler übergegangen sind, von letzteren häufig promiscue unter die eigentlichen Verlagsartikel gestellt werden

vergl. Einredenschrift pag. 68—77 und die deponirten Bücher, namentlich die zu No. 11 pag. 75—77 gehörigen Bücher,

da somit in der betreffenden Ankündigung des Beklagten keine rechtswidrige Anmaaßung eines Verlagsrechtes, sondern nur die Anzeige gefunden werden kann, daß das betreffende Buch, das Beklagter in großem Vorrathe aus der Verlagshandlung erstanden hatte, jederzeit bei ihm vorräthig sein werde, und somit die Nebenanträge der Klage unter allen Umständen unbegründet erscheinen, —

daß Kläger unter Verurtheilung desselben in die Prozeßkosten, mit seiner Klage ab und zur Ruhe zu verweisen sei.

Und wird Herr Dr. Steinhagen wegen der völlig unangemessenen und unwürdigen Schreibart, in der die Klageschrift abgefaßt ist, in eine Strafe von zehn Thaler verurtheilt. *)

---

*) Gegen dieses von den im ganzen übrigen Deutschland geltenden Anschauungen des Autorenrechtes völlig abweichende Urtheil

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 8. Januar 1855.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Da der Beklagte durch den nachgewiesenermaaßen rechtmäßigen Ankauf von 1202 Exemplaren des ursprünglich in der Buchhandlung von Georg Blatt in Altona herausgekommenen Buches: „de Castres de Tersac beautés de la litterature française moderne" aus der Fallitmasse des Georg Blatt zwar das Recht des Wiederverkaufes dieser Exemplare erworben hat, nicht aber, wie wenigstens bis auf weitere Nachweisung angenommen werden muß, die Befugniß, mit diesen Exemplaren irgend eine Veränderung vorzunehmen, namentlich nicht dieselben mit einem neuen Titel zu versehen und das Buch als in seinem Verlage und als zweite Ausgabe 1852 erschienen zu bezeichnen;

da diese von dem Beklagten mit seinen Exemplaren des Buches vorgenommenen Veränderungen zwar allerdings als Nachdruck im Sinne des § 1 der Verordnung in Betreff des Nachdrucks von 1847 nicht zu bezeichnen sind, weil der Nachdruck eine in substrato nicht stattgefundene Vervielfältigung der Exemplare des Buches voraussetzen würde;

da der Beklagte nichts destoweniger aber in das Interesse des Klägers ersichtlich eingegriffen hat, indem die unwahre Bezeichnung des Buches als einer zweiten, bei dem Beklagten 1852 herausgekommenen Ausgabe, die in den Händen des Klägers befindlichen Exemplare dieses Buches als zu einer älteren und folgeweise praesumtiv weniger gut verkäuflichen Ausgabe gehörig, dem Publicum gegenüber erscheinen lassen,

---

appellirte der klagende Autor an das Obergericht, welches jedoch, ohne Angabe von Gründen, das Niedergerichtliche Erkenntniß vom 5. Mai 1854 am 8. Januar 1855 pure bestätigte. Einer abermaligen Supplication an das Obergericht abseiten des Dris. Steinhagen mand. noie zur Herbeiführung eines andern Urtheils in Betreff der Kosten, bis zur Erledigung der vom Autor beabsichtigten Nullitätsquerel, wurde nicht deferirt.

da ferner das Recht des Klägers, diesem seinem Interesse Geltung zu verschaffen, an sich als ein Ausfluß des ihm unbestrittenermaaßen rücksichtlich derjenigen Auflage zustehenden Verlagsrechtes betrachtet werden muß, zu welcher auch die 1202 Exemplare gehören, welche der Beklagte erworben hat;

da nun aber der Beklagte die Behauptung aufgestellt hat, daß sein Verfahren dem bei dem Buchhandel existirenden allgemein anerkannten Gewohnheitsrechte entspreche;

da die Nachweisung einer solchen Gewohnheit dem Beklagten obliegen muß, weil er auf dasselbe sein Recht, so wie geschehen, mit den erworbenen Exemplaren des Buches zu verfahren stützt;

daß, unter Verwerfung der beiden beklagtischen und der ersten klägerischen Beschwerden, auf den Grund der zweiten Beschwerde des Klägers, Appellanten, das Erkenntniß des Niedergerichts vom 5. Mai 1854 dahin zu reformiren sei:

daß Beklagter in termino praefigendo, reprobatione salva, den Beweis zu führen schuldig sei:

daß nach einer bei dem Buchhandel bestehenden Gewohnheit, er befugt gewesen sei, die gekauften Exemplare des Buches: de Castres de Tersac Beautés de la Littérature française moderne, so wie geschehen, mit einem veränderten Titel zu versehen und das Buch auf demselben als eine bei ihm 1852 herausgekommene zweite Ausgabe zu bezeichnen, auch dies Buch als in seinem Verlage erschienen durch Buchhändler-Anzeigen zur Kunde des Publicums zu bringen, ungeachtet der Kläger das Verlagsrecht käuflich erworben hatte und dem Beklagten dies bekannt war,

worauf demnächst weiter zu erkennen sein wird.

Es bleibt beiden Partheien die Benutzung der producirten Documente, im Beweis- und Gegenbeweis-Verfahren, so weit Rechtens vorbehalten, namentlich auch dem Kläger die Mitbenutzung der in appellatorio nach

Production seines Appellationslibells noch beigebrachten und daher hier nicht weiter zu berücksichtigenden neuen Documente.

Und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 16. October 1856.

(Auf beklagtische Appellation und demnächstige klägerische Adhäsion und Intervention des G. H. F. de Castres de Tersac als Autor der „Blüthen ꝛc.")

In Appellationssachen des Dr. L. F. Noack mand. noie Robert Kittler in Hamburg, Beklagtens, jetzt Appellantens und Interventens, wider J. S. Meyer daselbst, Klägern, jetzt Appellaten und Adhärenten, und Dr. J. H. Steinhagen subst. noie des Dr. E. Albrecht, ebendaselbst mand. noie G. H. F. de Castres de Tersac in Altona, Intervenienten *), wegen Vertriebs des von Letzterem verfaßten Buches: „Beautés de la Littérature française moderne," erkennt das Ober-Appellationsgericht der vier freie Städte Deutschlands für Recht:

---

*) Die vom Intervenienten G. H. F. de Castres de Tersac selbst verfaßte Interventionsschrift wurde in diesem Rechtshandel vom Hauptkläger Meyer als Anlage No. 37 zu seiner Vernehmlassung als Kläger, Adhärent und Appellat auf die Appellation des Beklagten Kittler producirt, und das Ober-Appellationsgericht hatte gegen diese Art der Production keinerlei formelle Bedenken erhoben. — Diese Interventionsschrift fand jedoch von Seiten des Gegners in einem selbstständigen Schriftsatze Widerlegung, nachdem eine Vernehmlassung auf die Interventionsschrift dem Beklagten (Appellanten, Adhäsen, Interventen) vom Ober-Appellationsgericht mit einer desfallsigen Frist von drei Wochen nachgelassen worden war. — Bei dem Mangel gesetzlicher Vorschriften in der Ober-Appellationsgerichts-Ordnung über die bei Interventionen zu beobachtenden Formen ist die hier in Rede stehende Intervention schon in formeller Beziehung bemerkenswerth.

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt, auch die Adhäsion für zulässig zu erachten, die accessorische Intervention dagegen, unter Verurtheilung des Intervenienten in deren Kosten, als unzulässig zu verwerfen, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 8. Januar vorigen Jahres, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber der dem Beklagten auferlegte Beweis dahin abzuändern sei:

daß nach einem im Buchhandel bestehenden Gewohnheitsrechte der Beklagte, ungeachtet der Kläger das Werk de Castres de Tersac Beautés de la Littérature française in 429 Exemplaren mit dem Verlagsrechte erworben gehabt und Beklagter dies gewußt habe, gleichwohl befugt gewesen sei, die später von ihm gekauften Exemplare dieses Werkes, so wie geschehen, mit einem veränderten Titel zu versehen und auf demselben das Buch als eine bei ihm erschienene zweite Ausgabe zu bezeichnen, auch dasselbe in eine Anzeige der in seinem Verlage erschienenen Werke mit aufzunehmen.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I.) Der Beklagte hat seine erste und Principal-Beschwerde dahin gerichtet, daß nicht die Klage gänzlich oder doch mindestens angebrachtermaaßen abgewiesen sei.

Diese Beschwerde ist zwar

A) in soweit sie dadurch zu rechtfertigen versucht und eventualiter auf Abweisung der Klage angebrachtermaaßen angetragen wird, weil der Kläger sich durch nähere Nachweisung über den Inhalt seines Verlagsrechtes noch erst zur Sache legitimiren müsse, eine unzulässige, da die dahin

gerichtete Einrede in beiden vorigen Instanzen als unbegründet verworfen ist, wie denn ja beide Gerichte darüber, ob das Verfahren des Beklagten eine Verletzung des Verlagsrechts des Klägers enthalte, gar nicht hätten auf Beweis erkennen, wenn sie das Verlagsrecht des Klägers an sich nicht für genügend nachgewiesen erachtet hätten.

Dagegen läßt sich, insofern die Beschwerde

B) dahin gerichtet ist, daß nicht der vom Beklagten antecipirte Beweis eines seinem Verfahren zur Seite stehenden buchhändlerischen Gewohnheitsrechts bereits für vollständig geführt angenommen sei, die Zulässigkeit der Beschwerde nicht wohl beanstanden. Denn wenngleich beide vorige Gerichte den Beweis des Beklagten für nicht genügend erachtet haben, so ist dies doch nicht in gleichem Maaße geschehen, indem das Niedergericht bereits so viel als erwiesen angenommen hat, daß Beklagter durch die Aufnahme des fraglichen Buches in die Anzeige der in seinem Verlage erschienenen Werke nach buchhändlerischer Usanz nichts unerlaubtes gethan habe, während das Obergericht auch diesen Theil seines Verfahrens annoch einer Justification für bedürftig erachtet. Liegt aber somit eine abweichende Würdigung des Beweises vor, so ist die Uebereinstimmung beider vorigen Urtheile, daß der versuchte Beweis nicht genüge, nur eine negative und die Beschwerde eine zulässige.

Indessen mußte sie als unbegründet verworfen werden. Der Beklagte beruft sich darauf, daß, da das von ihm Bewiesene den directen Gegenbeweis dessen enthalte, was nach der richtigen Ansicht des Niedergerichts vom Kläger als Fundament seiner Klage zu erweisen sei, es, da dieser Gegenbeweis vom Beklagten vollständig erbracht worden, nach dem Grundsatze reprobatio reprobationis non datur, dem Kläger keinen weiteren Beweis habe nachlassen dürfen. Allein, wenngleich dieser Rechtssatz nicht zu bestreiten ist, so konnte doch mit dem Niedergerichte das einzige Relevante, welches der Bekagte für das von ihm behauptete buchhändlerische Gewohnheitsrecht beigebracht hat, nämlich das Gut=

achten von elf Leipziger Buchhändlern, unmöglich für zureichend erachtet werden, den fraglichen Beweis zu erbringen, weil es, auch ganz abgesehen davon, ob die gestellte Frage das Sachverhältniß getreu und erschöpfend dargestellt hat, weder aus dem Gesichtspunkte eines Beweises durch Sachverständige noch eines Zeugenbeweises betrachtet, den prozessualischen Erfordernissen irgend entspricht.

Andererseits konnte aber auch

II) der Adhäsionsbeschwerde des Klägers, welche eine sofortige Verurtheilung des Beklagten bezielt, nicht Statt gegeben werden.

Mit Unrecht zwar bestreitet der Beklagte

A) deren Zulässigkeit. — Denn

1) Da der Beklagte durch seinen Antrag auf sofortige Abweisung der Klage das ganze Urtheil des Obergerichts angegriffen hat, so ist der Kläger berechtigt adhaerendo das Gleiche zu thun.

Auch verstößt die Adhäsion

2) keinesweges gegen duae conformes. Das Niedergericht ist der Ansicht gewesen, daß das Recht des Klägers, dem Beklagten zu verbieten, so, wie von ihm geschehen, mit den von ihm verkauften Exemplaren des fraglichen Werkes zu verfahren, noch eines Beweises bedürfe. Das Obergericht dagegen hat das Recht des Klägers an sich für begründet und keines weiteren Beweises bedürftig erachtet und dem Beklagten nur deshalb den Beweis eines entgegenstehenden buchhändlerischen Gewohnheitsrechtes nachgelassen, weil dieser sich auf ein solches excipiendo ausdrücklich berufen hat. Hiernach ist die Uebereinstimmung beider vorigen Erkenntnisse auch hier eine lediglich negative und darin bestehende, daß sie, wie sie die Klage nicht sofort abgewiesen, so auch andererseits den Beklagten nicht sofort verurtheilt haben. Diese aber kann bei der Difformität des positiv Erkannten den Kläger nicht hindern, in dieser Instanz die bisher nicht erlangte sofortige Verurtheilung zu beantragen.

Juristische Abhandlungen p. 224, 25.

Dagegen war

B) die Adhäsion als materiell unbegründet zu verwerfen. Zwar erscheint nach allgemeinen Rechtsprincipien das Verfahren des Beklagten allerdings als ein die Rechte des Klägers, als Erwerbers des Verlagsrechts, verletzendes. Allein dies bedarf hier keiner näheren Ausführung. Denn da der Beklagte, wie bemerkt, mit großer Entschiedenheit auf ein ihm zur Seite stehendes buchhändlerisches Gewohnheitsrecht sich berufen und sogar schon für dasselbe ein, zur Zeit nur aus formellen Gründen nicht zu beachtendes, Gutachten von elf Leipziger Buchhändlern beigebracht hat, so konnte das Obergericht ihm den Beweis dieser seiner Behauptung gar nicht abschneiden. Dies könnte nämlich nur deshalb geschehen, weil entweder die behauptete Gewohnheit für eine irrationable zu erachten wäre, oder weil der Kläger schon seinerseits die Nichtexistenz nachgewiesen hätte. Weder das Eine noch auch das Andere ist aber der Fall. Und das Letztere schon deshalb nicht, weil alles dasjenige, was der Kläger theils nach Ablauf der Appellationsfrist in voriger, theils in gegenwärtiger Instanz zum Beweise des Unerlaubten des vom Beklagten vorgenommenen Neues beigebracht hat, aus formellen Gründen jetzt gar nicht in Betracht gezogen werden kann, indem das beneficium novorum nicht dazu benutzt werden durfte, um den schon an sich dem Kläger zustehenden und ihm vom Obergerichte noch ausdrücklich vorbehaltenen Gegenbeweis in der höheren Instanz anzutreten.

Das Unzulässige aber des eventuell Anheimgegebenen, daß wenigstens das Ober-Appellationsgericht, wie schon vom Obergerichte habe geschehen müssen, statt der Beweisnachlassung für den Beklagten, Selbst, in Gemäßheit des § 149 der Ober-Appellationsgericht-Ordnung ex officio durch Einholung von Berichten Sachverständiger ermittele, wie es sich mit der vom Beklagten behaupteten Buchhändler-Usanz verhalte, bedarf keiner Erörterung.

III) Die zweite eventuelle Beschwerde des Beklagten, welche die Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses verlangt, ist ebenfalls unbegründet.

Ein Verlagsrecht kann sich der Natur der Sache nach zwar wohl auf mehr, aber nicht auf weniger als eine ganze Auflage beziehen und giebt dem Verleger das Eigenthum an allen Exemplaren dieser Auflage. Wenn daher dem Kläger am 6. October 1851 aus der Concursmasse des Verlegers der Beautés de la Littérature française 429 Exemplare dieses Werkes, welche in Altona vorräthig waren, mit dem Verlagsrechte verkauft worden sind, so läßt sich dies nicht anders auffassen, als daß ihm das Verlagsrecht der ganzen Auflage, also das ausschließliche Recht zum buchhändlerischen Vertriebe der sämmtlichen dazu bestimmten noch vorhandenen Exemplare dieses Werkes übertragen worden ist. Wenn daher der Concurscurator dem Beklagten später — nicht wie der Beklagte in dieser Instanz wiederholt wahrheitswidrig behauptet früher — noch 1202 in Leipzig lagernde Exemplare des Werkes verkaufte, so ließe sich viel dafür sagen, daß er, ohne das vom Kläger erworbene Recht zu verletzen, dem Beklagten durch diesen Verkauf nicht die Befugniß übertragen durfte, die verkauften Exemplare überall als Gegenstand des Buchhandels zu verwerthen, da diese Befugniß lediglich ein Ausfluß des Verlagsrechts ist, dieses Recht aber von der Concursmasse bereits veräußert war; wie denn der Beklagte in der That keinen anderen als Maculaturwerth für die ihm verkauften Exemplare bezahlt hat. Jedenfalls aber konnte, wenngleich dem Beklagten die von ihm erkauften Exemplare zu unbeschränktem Eigenthum übertragen sind, dieser Verkauf selbstverständlich nur mit Vorbehalt des vom Kläger schon vorher erworbenen Verlagsrechts an der ganzen Auflage geschehen, dem Beklagten also nur das Recht eines Sortimentshändlers übertragen werden.

Da nun aber namentlich in Hamburg dem Verleger ein ausschließliches gegen Dritte wirksames Recht auf die öffentliche Bekanntmachung eines von ihm erworbenen

Werkes durch den Druck und auf dessen Veräußerung d. h. auf den buchhändlerischen Vertrieb, zusteht,

Verordnung vom 29. November 1847, Art. 1.

so folgt daraus nicht nur, daß derjenige Dritte, welcher sich eine Vervielfältigung des Werkes, also einen eigentlichen Nachdruck erlaubt, sondern ebensowohl, daß ein Sortimentshändler, welcher von ihm erkaufte Exemplare eines fremden Verlagswerkes, wie vom Beklagten geschehen, mit einem neuen Titelblatte versieht, worin das Werk als eine zweite bei ihm erschienene Ausgabe bezeichnet ist und es in die öffentliche Anzeige seiner Verlagswerke aufnimmt, sich einer gegen ihn civilrechtlich zu verfolgenden Verletzung des Verlagsrechts schuldig macht. — Denn indem dem Verleger das ausschließliche Recht der Bekanntmachung, d. h. Veröffentlichung eines Werkes zusteht, ist auch er nur berechtigt, mit einem Artikel seines Verlags, geeigneten Falles mit Zustimmung des Autors, irgend welche Veränderungen vorzunehmen. — Hiernach erscheint, wie vom Obergerichte mit Recht angenommen, der Anspruch des Klägers als an sich begründet und eines weiteren Beweises nicht bedürftig, und es völlig gerechtfertigt, daß nur dem Beklagten noch der Beweis des buchhändlerischen Gewohnheitsrechts nachgelassen ist, auf welches er sich berufen hat.

Zwar wendet der Beklagte dawider ein

1) das Obergericht habe mit Unrecht angenommen, daß dem Kläger ein von dem Beklagten verletztes Verlagsrecht in Beziehung auf das Werk die Beautés rc. zustehe, und daß dem Beklagten dieses Verlagsrecht bekannt gewesen sei.

2) Selbst wenn dem Kläger ein solches Verlagsrecht zustehe, gebe ihm dieses doch kein anderes Verbietungsrecht, als gegen den Nachdruck, welcher hier nicht vorliege. Allein

ad. 1) daß der Kläger

a) das Verlagsrecht des fraglichen Werkes wirklich erworben hat, ist durch die vom Beklagten selbst zu den Acten gebrachte amtliche Bescheinigung des Auctionators

Niedergerichts-Acten Nr. 6 (vergl. auch daselbst Nr. 26 und Untersuchungsacten Anl. A. zu exceptiones in supplicatorio)

genügend nachgewiesen; und daß dieses Recht, weil es von dem ursprünglichen Verleger, dem Buchhändler Blatt, durch den vollendeten Druck der einen Auflage, zu der er nur befugt gewesen, bereits völlig consumirt worden, ein ganz leeres und inhaltsloses sei, ist völlig unbegründet, da das Verlagsrecht ja, wie bemerkt, in dem ausschließlichen Rechte nicht blos zur Vervielfältigung, sondern auch zum buchhändlerischen Vertriebe eines Werkes besteht, und der Kläger mit dem Verlagsrecht auch 429 Exemplare erkauft hat, deren Vertrieb voraussichtlich durch die vom Beklagten vorgenommene Procedur beeinträchtigt worden ist. — Auch ist dieser ganze Einwand, insofern gegen die Activ-Legitimation des Klägers gerichtet, nach dem Obigen bereits gleichförmig in beiden vorigen Instanzen verworfen.

b) Ob der Beklagte, als er die Veränderung des Titels vornahm, das Verlagsrecht des Klägers kannte oder nicht, wird, wenn darin ein eigentlicher Nachdruck läge, nur für die Strafbarkeit des vom Beklagten geübten Verfahrens von Bedeutung, nicht aber für das Recht des Klägers. Auch ergiebt sich überdies diese seine Bekanntschaft zur entsprechenden Zeit mit Gewißheit aus der in seinem Auftrage wegen Ankaufs des Verlagsrechts zu Ende Juli 1852 mit dem Kläger gepflogenen Correspondenz

Niedergerichts-Acten Nr. 24. 10. 22
Untersuchungs-Acten Nr. 3, Anl. 10

und in seinem Geständnisse am 10. August 1852 die neuen Titelblätter, 1168 an der Zahl, nach Leipzig gesendet zu haben.

Untersuchungs-Acten Nr. 9 p. 3 a. E.

Anlangend aber

ad. 2) den zweiten Einwand, so hat derselbe schon in der obigen Ausführung seine Widerlegung gefunden, welche durch das vom Beklagten selbst zu den Acten Gebrachte nur bestätigt wird. — Denn wenn nach den Anlagen L. und M. zur hauptsächlichen Einlassung

Niedergerichts-Acten Nr. 35

die Verlagshandlungen das Recht, ihre Verlagsartikel, falls

sie von Sortimentshandlungen in größeren Partheien übernommen werden, mit der Firma der Letzteren bezeichnet zu verkaufen, sich besonders bezahlen lassen, so ergiebt sich daraus schon, daß es eine Verletzung des Verlagsrechtes ist, wenn Sortimentshändler sich dies, wie der Beklagte gethan, ohne Wissen und Willen des Verlegers erlauben.

Endlich konnte

IV) auch der dritten eventuellen Beschwerde des Beklagten, welche die Fassung des obergerichtlichen Beweises betrifft, nur in sehr beschränktem Maaße Statt gegeben werden.

1) Einerseits nämlich mußte es als überflüssig erscheinen, dem Verlangen des Beklagten gemäß, die beiden in dem Niedergerichts-Erkenntnisse sub 1 und 2 vorangestellten factischen Voraussetzungen, wie von diesem allerdings geschehen, in das Beweisthema aufzunehmen, und ebenso dasjenige, was der Beklagte mit den von ihm erkauften Exemplaren vorgenommen hat, näher zu detailliren, da das, worauf es hierbei wesentlich ankommt, vom Obergerichte genügend berücksichtigt ist, und, wenn der Beklagte vermeint, daß die von ihm vorgenommenen weiteren Veränderungen des ursprünglichen Titels eine günstigere Beurtheilung seines Verfahrens begründen könnten, die im Beweissatze sich findenden Worte „so wie geschehen" ihm die Möglichkeit bieten, sein Verfahren näher darzulegen.

Ferner

2) war dem Antrage des Beklagten, aus dem Beweissatze hinwegzulassen, daß ihm, als er sich jenes Verfahren erlaubt, das Verlagsrecht des Klägers bekannt gewesen sei, nicht Statt zu geben. Denn, wenngleich, wie oben bemerkt ist, nach allgemeinen Grundsätzen die vom Beklagten geübte Rechtsverletzung nicht dadurch bedingt ist, so erscheint dieser Umstand in Beziehung auf das vom Beklagten zu erweisende Gewohnheitsrecht doch nicht unerheblich. Auch liegt derselbe nach dem Obigen allerdings als erwiesen vor, und hat der Beklagte überdies nicht nur gegen das Niedergerichts-Erkenntniß, welches bei Fassung des Beweises für den Kläger ebenfalls hievon

ausgegangen ist, in seiner Appellation an das Obergericht nichts erinnert, sondern er tritt durch dieses sein Verlangen mit seinem eigenen Antrage, auch die factische Voraussetzung des Niedergerichts=Erkenntnisses sub 2 im Beweisthema zu berücksichtigen, in Widerspruch.

Endlich

3) war auch dem Verlangen des Beklagten, es ihm nicht noch erst zum Beweise zu verstellen, daß er befugt gewesen sei, das Buch als ein in seinem Verlage erschienenes durch Buchhändler=Anzeigen zur Kunde des Publikums zu bringen, nicht zu entsprechen, da der Beweis dieser Befugniß durch dasjenige, was der Beklagte selber beigebracht hat, noch keinesweges, wie er annimmt, erbracht ist.

Dagegen mußte

4) so viel diesen letzten Punkt betrifft, das Beweisthema dem eventuellen Antrage des Beklagten gemäß, so wie im Urtheile geschehen, genauer gefaßt werden.

Auch empfahl es sich nicht nur, den ganzen Beweissatz etwas umzustellen, sondern auch den Beweis, was ohnehin, wie die Entscheidungsgründe der Sententia a qua ergeben, in der Meinung des Obergerichts gelegen hat, bestimmt auf ein Gewohnheits r e ch t zu richten.

V) Die accessorische Intervention, zu der sich der Verfasser des Werkes: les Beautés etc. in gegenwärtiger Instanz veranlaßt gefunden hat, mußte aus folgenden Gründen als völlig unstatthaft zurückgewiesen werden.

A) Es steht derselben zunächst schon formell entgegen, daß der Intervenient mit seiner eigenen auf denselben Gegenstand, wie die gegenwärtige des Meyer, gerichteten Klage rechtskräftig abgewiesen ist. Hiedurch ist die versuchte Intervention ausgeschlossen, wie sich dies schon daraus ergiebt, daß hiemit das dem Intervenienten gesetzlich zustehende Recht, unter Umständen den Prozeß, in den er eingetreten, für sich allein fortzuführen,

L. 4 § 3, 4, L. 5 p. § 3, 4,
D. de appell. (49, 1),

durchaus unvereinbar ist. Außerdem aber fehlt es

B) dem Intervenienten auch an jedem, zur accessorischen Intervention berechtigenden Interesse an dem Ausgange des gegenwärtigen Rechtsstreites. Dieses Interesse müßte nämlich von der Art sein, daß entweder ein klagbares Recht des Intervenienten durch den Obsieg des klagend Aufgetretenen bedingt, oder der Intervenient beim Unterliegen der Parthei, welcher er beitreten will, einem Entschädigungsanspruche ausgesetzt sein würde:

L. 69 D. de procuratoribus (3,3),
L. 29 D. de inoff. test. (5,3),
L. 63 D. de re jud,
L. 4 § 2—5, L. 5, L 14 pr. D. de appell. (49,1),
L. un. C ut causae post pubert. adsit tutor (5,48),
Nov. 112, C. 1,
C. 38, X. de test. (2,20),
C. 2 ut lite pend. in VI. (2,8),
Linde, Lehrb. des Proz. § 110.

Ein solches Interesse findet aber beim Intervenienten im gegenwärtigen Falle nicht Statt. Denn

1) nachdem er selbst mit seiner gegen Kittler angestellten Klage rechtskräftig abgewiesen ist, hat er überall kein Klagrecht mehr, welches durch den Obsieg des gegenwärtigen Klägers bedingt wäre.

2) Ebensowenig aber ist er beim Unterliegen des Klägers irgend einem Anspruche, überhaupt keinem Nachtheile ausgesetzt. Denn wenn der Intervenient

a) geltend macht, er sei als Autor, der ja auch Selbstverleger sein könne, dabei interessirt, daß nicht das Princip, welches der Beklagte aufstelle, als Recht anerkannt werde, so bedarf das keiner Widerlegung.

b) Ebensowenig kann das Ehren-Interesse, welches er zu haben vorgiebt, daß Kittler nicht als sein Verleger erscheine, irgend in Betracht kommen, zumal dieses, wenn es überall existirt, durch eine Erklärung in öffentlichen Blättern, wie eine solche bereits vom Intervenienten ausgegangen ist, völlig gewahrt erscheint.

Endlich ist auch das pecuniaire Interesse, welches darin liegen soll, daß die zweite und verbesserte Ausgabe der Beautés wegen welcher er mit dem Kläger contrahirt habe, nicht erscheinen und also das stipulirte Honorar dafür vom Intervenienten nicht bezogen werden könne, bevor die zweite Pseudo-Ausgabe des Beklagten wirklich beseitigt sei, offenbar nicht begründet, indem es, um das Verfahren des Beklagten in Beziehung auf diese für die Zukunft unschädlich zu machen, auch hier nur einer öffentlichen Bekanntmachung bedarf, daß die s. g. zweite Ausgabe des Beklagten nur die erste mit verändertem Titel sei.

Da übrigens diese ganze Intervention eine völlig nutzlose Procedur ist, auch wenn zulässig, in der Sache selbst keine andere Entscheidung würde herbeiführen können, so ist die obige Ausführung nur in Beziehung auf den Kostenpunkt von Bedeutung.

Was nämlich

VI) diesen Kostenpunkt betrifft, so waren zwar

1) da die Adhäsion des Klägers gänzlich und die Appellation des Beklagten bis auf einen einzigen ziemlich unerheblichen Antrag bezüglich der Beweisführung, ebenfalls verworfen werden mußte, die Kosten dieser beiden Rechtsmittel durchweg zu vergleichen.

Dagegen mußte

2) der Intervenient in die durch sein unzulässiges Verfahren dem Beklagten veranlaßten Kosten verurtheilt, der Antrag des Beklagten auf solidarische Verurtheilung des Klägers und des Intervenienten aber verworfen werden, da eine solche sich nur aus der unrichtigen Auffassung beider als wirklicher Litisconsorten würde rechtfertigen lassen.

Ebenso mußte schließlich von der abseiten des Beklagten beantragten Einleitung einer Untersuchung hinsichtlich der Abfassung der Interventionsschrift bewandten Umständen nach Umgang genommen werden.

№ 27.

In Sachen Gebrüder Behrens, Klägers (Anwald **Dr. H. A. Malm**) contra Herrn **Dr. J. C. Knauth** mand. noie **Franz Lambrecht,** Beklagten (Anwald **Dr. J. C. Knauth**).

A. Rechtsfall:

Die Kläger, als Inhaber eines von der St. Petersburger Reichscommerzbank am 9. October 1847 zu Gunsten des Beklagten ausgestellten nachher mortificirten Billets von 2800 Rubel, verlangten die Auslieferung des nach dessen Mortificirung ausgestellten neuen Billets vom Beklagten, weil dieser das erste Billet durch Aussetzung seines Namens in blanco indossirt, und es, als ihm abhanden gekommen, habe mortificiren lassen. Das Niedergericht verurtheilte den Beklagten, wiewohl unter Compensation der Prozeßkosten, zur Auslieferung des Bankbilletes event. zur Bezahlung des jetzigen durch die Capitalsumme nebst darauf haftenden Zinsen gebildeten Werthes desselben an die Kläger. Auf beklagtische Appellation ließ das Obergericht dem Beklagten noch den Beweis nach, daß er nach Russischem Rechte befugt gewesen, das Papier, trotz des von ihm darauf gesetzten Blanco-Indossamentes, dergestalt mortificiren zu lassen, daß hiedurch, neben den Ansprüchen an die Commerzbank, auch alle Rechte eines später sich anfindenden getreuen Inhabers gegen Beklagten als aufgehoben anzusehen seien, und daß er alle nach russischem Rechte zu solcher Mortification nöthige Bedingungen erfüllt, und, so wie er den Verlust des Papieres gemerkt, die hiesige Polizei davon in Kenntniß gesetzt habe. Den Klägern ward noch der indirecte Gegenbeweis dahin nachgelassen, daß Beklagter das Bankbillet selbst oder durch seine Ehefrau aus den Wehren gegeben habe. Das Ober-Appellationsgericht stellte auf beiderseitige Appellation, unter Aufhebung des obergerichtlichen, das niedergerichtliche Erkenntniß wieder her.

B. Rechtssätze:

1) Ein Bankbillet erhält durch Blanco-Indossirung abseiten dessen, auf dessen Namen es lautet, die Eigenschaft eines auf den Inhaber laufenden Werthpapieres.

2) Einem Blanco-Indossament ist im Allgemeinen nur die Bedeutung einer Erklärung des Indossirenden beizulegen, daß jeder spätere Inhaber durch den Besitz des Documentes legitimirt sein solle, das aus demselben hervorgehende Forderungsrecht für sich geltend zu machen, nicht aber, daß dadurch zwischen dem Blanco-Indossenten und jedem spätern Inhaber ein Obligations-Nexus entstehe.

3) Die beim Wechsel und den nach Analogie desselben behandelten Documenten bestehende Eigenthümlichkeit, daß bei jeder wechselmäßigen Uebertragung dem Indossatar nicht nur **de veritate** sondern auch **de bonitate cavirt** und daß jedem spätern Indossatar das Recht eingeräumt wird, die von dem früheren Indossanten geleisteten Garantieen direct gegen sie geltend zu machen, ist eine Singularität und nicht analog auf andere Papiere auszudehnen.

4) Aus der Haftung desjenigen, welcher ein Papier der hier gemeinten Art veräußert, dahin, daß das Papier das sei, was es sein solle (**de veritate**), entstehen nur zwischen ihm und seinen Contrahenten rechtliche Beziehungen, nicht aber zu späteren Erwerbern, die sich deshalb ja nur an ihren Vormann halten können, ohne daß eine solidarische Verhaftung der früheren Veräußerer bestände.

5) Beim Wechsel hat die Ausfüllung des Blanco-Indossamentes nur die Bedeutung und Wirkung, dem auf den Inhaber gültig gewordenen Wechsel diese Eigenschaft zu entziehen und ihn wiederum personell zu machen.

6) In der Indossirung eines Papieres der hier gemeinten Art liegt nur derjenige Act, durch welchen das ursprünglich auf eine bestimmte Person ausgestellt gewesene Billet zu einem auf Inhaber lautenden gemacht worden ist, ohne daß der erste Indossent zu spätern Inhabern in einer andern Stellung sich befunden hätte, als wenn ein gleich Anfangs auf Inhaber lautendes oder ein schon früher von einer andern Person auf Inhaber gestelltes Papier durch seine Hände gegangen wäre.

7) Natur und Bestimmung der Mortification eines Papieres ist, dem sie Nachsuchenden die in Folge der Mortification erlangte Zahlung oder das etwanige Surrogat des mortificirten Documentes definitiv zu sichern.

8) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, wenn etwa die Vindication von Papieren au porteur aus dem Besitze eines bona fide Inhabers durch die Particular-Gesetzgebung ausgeschlossen sein sollte.

9) Mithin hat weder nach gemeinem noch nach Hamburgischem Rechte der Ausschluß einer Vindication solcher Papiere aus dem Besitz des bona fide Erwerbers die Wirkung, daß dem bona fide Inhaber eines mortificirten Documentes lediglich auf Grundlage seines tadellosen Besitzes ein Klagerecht gegen den Imploranten auf Herausgabe des in Folge der Mortification Erlangten zustehe.

10) Wer die Mortificirung eines Werthpapieres beantragt, ist verpflichtet, an denjenigen Orten, von welchen den Umständen nach zu vermuthen ist, daß das betreffende Papier sich dort in Circulation befinde oder befinden könne, jedenfalls aber an dem Verlustorte Bekanntmachungen des Abhandengekommenseins und des im Werk befindlichen Mortificationsverfahrens zu machen.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 7. Juli 1854.

Da die Kläger als Inhaber eines von der Reichs-Commerzbank in St. Petersburg am 9. October 1857 zu Gunsten des Beklagten über 2800 Rubel ausgestellten, nachher mortificirten Billets die Auslieferung des nach dessen Mortificirung ausgestellten neuen Billets fordern, und diesen Anspruch auf die beiden unbestrittenen Thatsachen stützen, daß Beklagter das Billet durch Aufsetzung seines Namens in blanco indossirt und daß er dasselbe als ihm abhanden gekommen habe mortificiren lassen; —

da, so viel das erste dieser Klagfundamente betrifft, Beklagter, wie auch durch das beigebrachte Attest (Anlage A ad except.) bestätigt wird, durch sein Blanco-Indossament im Voraus die dem Inhaber von Seiten der Bank geleistete Zahlung als auch gegen ihn liberirend auf rechtsgültige Weise genehmigte, oder das ursprünglich auf seinen Namen lautende Papier zu einem negotiablen machte, woraus folgt: theils daß für dessen Circulation fortan dieselben Grundsätze gelten mußten, wie wenn das Document gleich Anfangs auf

Ordre oder an Inhaber ausgestellt wäre, theils daß es für den Verkehr mit demselben an hiesigem Platze nicht auf Russisches Recht oder Russische Geschäfts-Usanzen, sondern nur auf die hieselbst geltenden und allgemeinen Rechtsgrundsätze ankommen kann; da jedoch eine Klage wie die vorliegende durch das Indossament an sich und ohne Weiteres auf keinen Fall fundirt werden kann, indem, selbst wenn daraus eine weitergehende Verhaftung des Indossenten als für die damalige Echtheit und Gültigkeit der Schuldurkunde zu deduciren wäre, diese Garantie doch nur eine eventuelle oder bedingte und nicht als ein directes Zahlungsversprechen aufzufassen sein würde; — da eine, hiernach unbegründete Verpflichtung des Indossenten als solchen auch durch den Umstand, daß das Document später, gleichviel von welchem Inhaber, mortificirt worden ist, nicht entstehen kann, weil der Indossent so wenig stillschweigend wie ausdrücklich eine Gewährleistung dafür übernimmt, daß nicht zu solcher Maaßregel eine Veranlassung und Nothwendigkeit, sei es in seiner Person oder in der eines späteren Inhabers, sich ereignen werde; — da somit ausschließlich die selbstständige, und von dem irrelevanten Blanco-Indossament unabhängige Thatsache in Betracht zu ziehen bleibt, daß Beklagter als Inhaber des negotiabeln Bankbillets die Mortificirung desselben bewirkt hat, wodurch sich der von dem Kläger gestellte Antrag genügend rechtfertigt; da nämlich die rechtliche Wirkung der Mortificirung nicht über ihren nothwendigen Zweck, den Aussteller des Schulddocumentes gegen jeden aus dem letzteren an ihn künftig zu erhebenden Anspruch unbedingt zu schützen, ausgedehnt werden darf, wogegen sie insbesondere dem Imploranten kein neues Recht zu ertheilen, sondern ihm nur sein dermaliges Rechtsverhältniß zu erhalten und zu sichern bestimmt ist; da nun durch den § 15 des Gesetzes wegen Mortification vom 12. August 1846 die juristische Natur der auf Inhaber lautenden Documente dahin volle Anerkennung gefunden hat, daß deren Zurückforderung von Jedem, der sie in gutem Glauben und mit richtigem Titel erworben hat, ausgeschlossen ist, wonach denn

auch der unfreiwillige Verlust solcher Documente, falls sie später in die Hände eines derartigen Erwerbers kommen, als ein definitiver Verlust dem durch ihren Besitz bedingten Rechte des früheren Inhabers ein Ende macht; da ferner die beantragte Verurtheilung des Beklagten die Sache nur in dieselbe Lage bringt, wie wenn Kläger bereits das Mortifications-Verfahren durch Anmeldung vor dessen Beendigung erledigt gehabt hätten, der Umstand aber, daß sie erst jetzt, wiewohl vor Ablauf der Verjährungszeit, mit ihrem Anspruche hervortreten, sofern es hierauf überhaupt ankommen könnte, ihnen um so weniger aus dem doppelten Grunde obstirt, daß eine Aufforderung zur Anmeldung, oder eine Warnung vor dem Erwerbe des dem Inhaber abhanden gekommenen Documentes hieselbst überall nicht bekannt gemacht wurde, und daß sie dasselbe erst mehrere Jahre nach Beendigung jenes Verfahrens erworben haben; da nun, daß Kläger das fragliche Bankbillet auf andere Weise als mit richtigem Titel und in gutem Glauben erworben hätten, vom Beklagten nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit behauptet und substantiirt worden ist um ihm darüber noch einen Beweis nachzulassen, da endlich, betreffend, das von den Klägern beantragte Praejudiz, die Zinsen der Capitalsumme durch Zuschlag auf letztere den Nominal-Werth des Documentes von selbst vermehren, wogegen die Forderung von Provision und Courtage außerhalb eines Geschäftsverkehrs nicht geltend zu machen sein würde:

daß Beklagter zu verpflichten sei, den Klägern das libellirte Bankbillet Nr. 13315, ausgestellt am 4. Octb. 1849 über 2800 S. Rubel innerhalb acht Tagen auszuliefern, unter dem Praejudiz widrigenfalls in die Bezahlung des jetzigen, durch die Capitalsumme nebst den darauf haftenden Zinsen gebildeten Werthes verurtheilt zu werden. Und werden die Kosten dieses Rechtsstreits compensirt.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 5. Februar 1855.

(Auf beklagtische Appellation).

Da constirt, daß der Beklagte das am 9. October 1847 auf seinen Namen ausgestellte Billet der Reichs=Commerzbank in St. Petersburg über 2800 Rubel, nachdem dasselbe mit seinem Blanco = Indossament versehen war, als verloren hat mortificiren lassen;

da nun dem Blanco = Indossament des Beklagten unzweifelhaft die Wirkung zugesprochen werden muß, daß ein jeder getreuer Inhaber dadurch als legitimirt angesehen werden mußte, Zahlung abseiten der Commerzbank zu verlangen und also auch, wenn durch die von dem Beklagten beschaffte Mortification dieser Anspruch an die Bank aufgehoben war, den Ersatz des ihm dadurch zugefügten Schadens zu verlangen insofern der Beklagte, welchem kein Vindicationsrecht gegen die Kläger als getreue Inhaber des Documents zustand, nicht im Stande sein sollte, seine rechtliche Befugniß zu einer auch die Rechte eines später sich anfindenden getreuen Inhabers gegen ihn als Indossenten und Mortificanten aufhebenden Mortification, sowie die volle Erfüllung aller dazu erforderlichen Bedingungen anzuweisen;

da indessen die Bedeutung des Blanco=Indossaments nicht so weit ausgedehnt werden darf, als ob das fragliche Bankbillet dadurch aufhörte, ein Russisches Werthpapier zu sein, so daß es bei Beurtheilung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Mortification nicht mehr auf Russisches Recht ankäme;

da auch, wenn es wahr wäre, daß der Beklagte während seiner Abwesenheit von hier das fragliche Billet in Gewahrsam seiner Ehefrau gelassen hätte und es von dieser aus den Wehren gegeben wäre, der Beklagte für diese Handlung seiner Ehefrau aufkommen müßte;

da endlich, was die Größe des Schadens, unter Voraussetzung der Schadenspflicht betrifft, dieser offenbar mit Recht von dem Niedergericht auf den Werth des den Klägern ge=

20*

hörigen Documentes festgestellt ist, welcher den Klägern zukommen würde, falls das Papier nicht durch den Beklagten entwerthet wäre;

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo vom 7. Juli 1854, unter Verwerfung der zweiten Beschwerde des Beklagten, auf Grund der ersten Beschwerde, dahin abzuändern: daß dem Beklagten annoch ein in termino praefigendo anzutretender Beweis dahin nachzulassen:

daß er, obgleich das als verloren angegebene Bankbillet von ihm in blanco indossirt war, nach Russischem Rechte rechtlich befugt war, dasselbe dergestalt mortificiren zu lassen, daß dadurch nicht nur alle Ansprüche aus dem mortificirten Documente gegen die Commerzbank, sondern auch alle Rechte eines nach erfolgter Mortification sich anfindenden getreuen Inhabers gegen ihn, den Beklagten, als aufgehoben anzusehen sind;

und

daß er alle nach Russischem Rechte erforderlichen Bedingungen für eine solche Mortification vollständig erfüllt, namentlich also (da dieses von dem Beklagten selbst als Bedingung nach Russischem Recht angegeben wird) daß er sogleich, als er den Verlust des fraglichen Bankbillets gemerkt, die hiesige Polizei davon in Kenntniß gesetzt habe;

wogegen den Klägern nicht nur der directe Gegenbeweis et quaevis competentia vorbehalten bleiben, sondern auch der Beweis:

daß der Beklagte das fragliche Bankbillet entweder selbst oder durch seine Ehefrau, welcher er dasselbe in Gewahrsam gelassen, aus den Wehren gegeben habe;

und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 20. October 1856.
(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß die Formalien der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und, die Materialien anlangend, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 5. Februar 1855, wie hiemit geschieht, aufzuheben, dasjenige des Niedergerichts vom 7. Juli 1854 wieder herzustellen, und Beklagter den Klägern die Hälfte der Kosten gegenwärtiger Instanz zu erstatten schuldig, die andere Hälfte aber zu compensiren sei.

Und wird nunmehr die Sache an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Bei der Beurtheilung der vorliegenden Sache kam es zunächst darauf an, ob den Klägern darin beizupflichten sei, daß für die Statthaftigkeit der erhobenen Klage conforme Entscheidungen der früheren Instanzen vorlägen. Dies war indessen zu verneinen. Die Difformität der eigentlichen Decisa liegt klar vor; allein auch das Wesentliche der Unterentscheidungen, auf welchen jene Decisa beruhen, weicht von einander ab, wie schon daraus hervorgeht, daß das Niedergericht die Grundsätze des Hamb. Rechts, das Obergericht die Statuten der Russischen Reichs-Commerzbank für maaßgebend erklärt, ferner daß das Obergericht die Klage wesentlich als Schadensklage behandelt, wogegen das Niedergericht, abgesehen von diesem Standpunkte die Klage für zulässig erklärt hat. — Demnach mußte in gegenwärtiger Instanz auf eine nochmalige Prüfung der Klagbegründung eingegangen werden. Dabei waren indessen die folgenden trennbaren Streitpunkte als von den früheren Richtern übereinstimmend entschieden und mithin als rechtskräftig erledigt anzunehmen.

1) Das Niedergericht und Obergericht haben dem, ursprünglich auf den Namen des Beklagten „Franz Lambrecht" aus-

gestellten Billet der Russischen Reichs-Commerzbank, nachdem der Beklagte seinen Namen auf dessen Rückseite, in der Weise eines Blanco-Indossaments, gesetzt gehabt, die Eigenschaft eines auf den Inhaber lautenden Werthpapiers beigelegt.

Der Versuch des Beklagten, die vorbemerkte Bedeutung jener Namens-Aufschrift zu bestreiten, wobei er übrigens mit dem von ihm selbst beigebrachten Brandt'schen Atteste

Anl. A ad replicas — N. G. A. [10]

und dem in zweiter Instanz producirten Proclame (enthalten in der Petersburgischen Zeitung vom 4. bis 16. Sept. 1848) verbis: „das auf den Namen des Franz Lambrecht ausgestellte und von ihm in blanco indossirte Billet"

Oberger. Act. [6]

in Widerspruch getreten ist,

vergl. auch Schultz Russische Handelsgesetzgebung, Riga 1851, S. 615,

konnte demnach keine Berücksichtigung finden.

2) Der Beklagte hat bestritten, daß die Kläger in Betreff des fraglichen Bankbillets als Erwerber guten Glaubens und richtigen Titels angesehen werden dürfen. In Betreff dieses Einwandes hat das Niedergericht sich dahin ausgesprochen, es sei von dem Beklagten nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit behauptet und substanziirt worden, daß die Kläger das fragliche Billet auf andere Weise als mit richtigem Titel und in gutem Glauben erworben hätten, um ihm darüber noch einen Beweis nachzulassen; und daß das Obergericht dem Niedergerichte hierin beigestimmt hat, ist daraus klar, daß dieser Punkt in zweiter Instanz als ein unstreitiger übergangen und nicht zum Gegenstande einer Beweisführung gemacht worden ist. Ueberdies hat das Obergericht die Kläger ausdrücklich als solche bezeichnet, welche (abgesehen von der Mortification des Billets) legitimirt gewesen sein würden, Zahlung abseiten der Commerzbank zu verlangen.

Endlich ist

3) Die Einrede der Pluspetition — in der Richtung von dem Beklagten geltend gemacht, daß die Kläger jedenfalls nur

den von ihnen für den Erwerb des Billets gezahlten Kaufpreis nebst Zinsen, nicht aber denjenigen Betrag, den sie, abgesehen von der Mortification, auf das Billet in Petersburg erhalten haben würden, in Anspruch nehmen könnten — rechtskräftig verworfen. Dies erhellet klar aus dem Niedergerichtsdecisum und dem Schlußsatze der Entscheidungsgründe zum Erkenntnisse des Obergerichts.

Anlangend nun die von dem Beklagten bestrittene und zufolge des oben Bemerkten zur Entscheidung des Ober-Appellationsgerichts stehende Statthaftigkeit, eventualiter factische Begründung der angestellten Klage, so kam es bei der Prüfung dieses Punktes auf eine Erwägung der folgenden von den Klägern geltend gemachten drei Fundamente an.

Die Kläger haben

I) den Beklagten als Blanco-Indossenten des fraglichen Bank-Billets in Anspruch genommen, und zwar

(Klagschrift p. 5—6 N. G. A. [3])

die Behauptung aufgestellt, er hafte „aus seinem Blanco-Indossamente den getreuen Inhabern für die Wahrheit des übertragenen Gegenstandes. Diese Wahrheit habe aber schon seit dem October 1849 zu existiren aufgehört, da das in ihren, der Kläger, Händen befindliche Bank-Billet damals durch ein anderes Billet surrogirt worden sei."

Wesentlich anderer Art ist

II) das in der

Klagschrift p. 6—8

geltend gemachte fernere Fundament, daß die Ehefrau des Beklagten es gewesen sei, welche das Bankbillet in Circulation gesetzt habe, und daß, wenn dieselbe hiebei auch nicht mit Vollbort des Beklagten, ihres Ehemannes, vielmehr ohne dessen Wissen und rechtswidriger Weise verfahren sei, dennoch der Beklagte auch für die hier anzunehmende mißbräuchliche oder — wie die Kläger diesen Punkt später aufgefaßt haben — Delicts-Handlung seiner Ehefrau aufzukommen habe.

Endlich haben die Kläger ihre Anträge

III) auf das in der Klagschrift freilich nur angedeutete und vorbehaltene replicando, und in den höheren Instanzen aber ausführlich behandelte Fundament gestützt, daß der Beklagte bei Erwirkung der Mortification ordnungswidrig verfahren, und aus diesem Grunde verpflichtet sei, ihnen, den Klägern, die für sie aus der Mortification des Billets herrührenden Nachtheile abzunehmen.

Anlangend nun diese verschiedenen Klaggründe, und zunächst

ad I. denjenigen, welcher dem Blanco=Indossamente des Beklagten entnommen worden ist, so konnten die hierauf gerichteten Ausführungen der Kläger nicht anders als unbegründet angesehen werden.

Die Kläger gehen von der Ansicht aus, daß Jeder, welcher eine auf ihn ausgestellte oder durch Uebertragung an ihn gelangte Urkunde durch seine in blanco auf selbiger vollzogene Namens=Signatur transportire, und damit zugleich für die Zukunft (durch bloße Hingabe) transportabel mache, hiedurch mit jedem späteren Inhaber des Documentes in einen Obligations=Nexus trete. Sie drücken dies näher dahin aus, daß der Blanco=Indossant mit der ganzen Welt contrahire und jedem späteren Inhaber für die veritas nominis Gewähr zu leisten habe. Hierin kann den Klägern nicht beigepflichtet werden, vielmehr ist einem Blanco=Indossamente im Allgemeinen nur die Bedeutung einer Erklärung des Indossirenden beizulegen, daß jeder spätere Inhaber durch den Besitz des Documentes legitimirt sein solle, das aus demselben hervorgehende Forderungsrecht für sich geltend zu machen. Die klägerische Annahme eines zwischen dem Blanco=Indossanten und jedem späteren Inhaber bestehenden Obligations=Nexus beruhet auf einer unberechtigten Ausdehnung wechselrechtlicher Grundsätze über den Bereich des Wechselgeschäftes hinaus. Bei dem Wechsel und den nach Analogie der Wechsel behandelten Documenten (den billets à ordre und dergl.) besteht die Eigenthümlichkeit, daß bei jeder Uebertragung, welche wechselmäßig (und zwar schriftlich) erfolgt, dem Erwerber (Indossatar) nicht nur de veritate, sondern auch de bonitate cavirt,

und daß, worauf es hier ankommt, jedem späteren Indossatar das Recht eingeräumt wird, die von den früheren Indossanten geleisteten Garantieen direct gegen sie geltend zu machen. Daß dies eine Singularität ist, unterliegt keinem Zweifel. Denn an sich haftet der Cedent nur de veritate und außerdem wurde der gegen einen früheren Vormann und Indossanten regredirende Indossatar dies nach allgemeinen Grundsätzen nur ex jure cesso seines unmittelbaren Auctors, und eventuell dessen Auctoren, thun können, was dann auch auf die ihm etwa entgegenzusetzenden Einreden Einfluß ausüben würde. Jene Singularität beruhet bei dem Wechselrechte auf besonderer rechtlicher Grundlage, ohne eine analogische Ausdehnung zuzulassen.

Wer ein Werthpapier der hier in Betracht kommenden Art (einen Schuldschein des Staates, öffentlicher Anstalten, gewisser Gesellschaften oder dergl.) veräußert, haftet, wenn nicht etwas Anderes verabredet sein sollte, ohne Zweifel dafür, daß das übertragene Papier dasjenige sei, was es sein soll, mit anderen Worten, de veritate; allein nur zwischen ihm und seinem Contrahenten entstehen hieraus rechtliche Beziehungen. — Veräußert sein Abnehmer weiter und zeigt es sich später, daß das Papier werthlos oder mangelhaft ist, so hat jeder Erwerber sich nur an seinen Auctor zu halten, ohne daß eine solidarische Verhaftung der früheren Veräußerer bestände. — Von einer solchen kann auch schon deshalb die Rede nicht sein, weil es zwischen den einzelnen Betheiligten darauf ankommen würde, in welcher Weise und worüber sie contrahirt haben.

In Verbindung mit dem vorstehend berührten Punkte haben die Kläger auszuführen gesucht, daß jeder Inhaber eines in blanco indossirten Papiers das Blanco-Indossament ausfüllen dürfe, wie dies in Betreff der auf die angebene Weise indossirten Wechsel durch den Art. 13 der W. O. ausdrücklich anerkannt sei. Indessen kann diese Annahme, in Folge deren es dem Inhaber eines Papiers der bezeichneten Art verstattet sein würde, einen Obligations-Nexus dort zu schaffen

wo keiner bestanden hätte, nicht als richtig angesehen werden. — Beim Wechsel bedarf es der Ausfüllung zu dem Zwecke nicht, um einen Nexus zwischen dem Indossirenden und dem Inhaber zu bewirken, da dieser ohnehin nach dem geltenden Rechte vorhanden ist. Die Ausfüllung des Blanco-Indossaments hat dort nur die Bedeutung und Wirkung dem auf den Inhaber gültig gewordenen Wechsel diese Eigenschaft zu entziehen, und ihn wiederum personell zu machen. Auch irren die Kläger, wenn sie der Meinung sind, daß die Befugniß zur Ausfüllung der auf Wechseln vorkommenden Blanco-Indossamente sich von selbst verstehe. Es bedurfte vielmehr hier einer ausdrücklichen Autorisation, da es nach allgemeinen Grundsätzen nicht gestattet ist, über Blanco-Signaturen Erklärungen zu schreiben, von deren Inhalt und Abfassung der Unterzeichnende Nichts weiß. Da liegt es in der Natur des betreffenden Verhältnisses und ist überdies bei den Berathungen der Wechsel-Conferenz ausdrücklich anerkannt worden:

Conf. VI. ad § 14. Leipziger Ausgabe pag. 24

daß außer dem Namen oder der Firma des Indossenten und etwa dem Orte und dem Tage des Indossamentes Nichts über die Signatur des Indossenten geschrieben werden darf.

Die factisch bestehende Möglichkeit, Blanco-Unterschriften zu mißbrauchen, ist freilich geeignet die Vollziehung derselben als den Umständen nach, mehr oder weniger bedenklich erscheinen zu lassen, allein sie kann nicht dahin führen, den Unterzeichnenden als jedem Inhaber des Papiers preisgegeben betrachten zu müssen.

Nach dem Allen konnte in dem Blanco-Indossament des Beklagten keine Begründung eines zwischen den Parteien bestehenden Obligations-Nexus, insonderheit nicht, wie die Kläger dies behaupten, eine von dem Beklagten jedem späteren Inhaber geleistete Garantie für die Varität des Billets erblickt werden; vielmehr lag in demselben nur derjenige Act, durch welchen das, ursprünglich auf eine bestimmte Person ausgestellt gewesene, Billet zu einem auf Inhaber lautenden gemacht worden ist, ohne daß der Beklagte zu späteren Inhabern des

Documents in einer andern Haltung sich befunden hätte, als wenn ein gleich Anfangs auf Inhaber lautendes oder ein schon früher von einer anderen Person auf Inhaber gestelltes Papier durch seine Hände gegangen wäre.

Eben so wenig konnte

ad II. der von den Klägern auf ein angebliches Delict der Ehefrau des Beklagten gestützte Klagegrund als rechtsbeständig angesehen werden, und zwar bedurfte es hiebei eines Eingehens auf die bestrittene Frage nicht, ob der Hamburgische Ehemann durch ein durante matrimonio begangenes Delict seiner Frau obligirt werde. — Denn wie man auch diese Frage beantworten möge, jedenfalls könnte doch nur dann von einer Verpflichtung des Ehemannes ex delicto uxoris die Rede sein, wenn derjenige gegen den delinquirt ist, wegen der hiedurch erlittenen Nachtheile mit Schadens-Ansprüchen hervortrete. — Im vorliegenden Falle nun soll die Frau Lambrecht gegen ihren Ehemann, nicht aber gegen die Kläger einer rechtswidrigen Handlung sich schuldig gemacht haben. — Die klägerische Argumentation in Betreff des zweiten Klagegrundes ist mithin völlig unhaltbar.

Dagegen mußte

ad III. das dritte der Fundamente, auf welche die Kläger ihren Anspruch gestützt haben, als zugleich zu Recht bestehend und in Betreff des Factischen keiner Beweisführung mehr bedürftig anerkannt werden.

Hier war freilich der niedergerichtlichen Auffassung nicht beizutreten, welche die Mortification als ein wesentlich zu Gunsten des Ausstellers und Schuldners eingeführtes Institut behandelt, und jedem späteren bona fide Erwerber des mortificirten Documentes das Recht einräumt, von dem Imploranten, wenn derselbe in Folge der Mortification in den Besitz der Valuta oder eines Surrogates des Papiers gekommen ist, Abtretung hievon zu verlangen. Denn der Schuldner wird in der Regel kein Interesse — oder doch nur das entfernte und mittelbare Interesse der aus einer minder gefährdeten

Stellung seiner Gläubiger hervorgehenden grösseren Beliebtheit der von ihm ausgegebenen Schuldpapiere — haben, daß ein abhanden gekommenes Schulddocument erneuert, oder daß, ungeachtet eines muthmaaßlichen Unterganges desselben, die Zahlung ermöglicht werden. Dagegen ist das Interesse des Gläubigers durch Mortification gegen die Folgen nicht nur des Ueberganges, sondern auch des Verlustes eines Werthpapiers gesichert zu werden, evident. Und der Gesichtspunkt dem zuletzt gedachten Interesse zu entsprechen, ist dann auch bei den auf Mortificationen sich beziehenden Gesetzen festgehalten worden.

Vgl. z. B. Hamb.-Mortificationsgesetz von 1846 § 1, 3 u. a.
Rathsantrag betr. dasselbe pag. 4
Oesterreichische Verordnung von 1803 („damit dem Eigenthümer ein Mittel verbleibe, zu der ihm gebührenden Zahlung zu gelangen")
s. bei Schumm. Amortisation verlorner rc. Schulddocumente 1830, Beilageheft zum civilist. Archiv Bd. 13, S. 191
Preußische Verordnung vom 16. Juni 1819 § 1—3, 10, 22
Schumm. S. 208 ff.
Frankfurtische Verordnung vom Juli 1817, Art. 4.
Schumm. S. 235.

Hieraus ergiebt es sich, daß Natur und Bestimmung der Mortification darauf hinführen, dem Imploranten — vorausgesetzt, daß nicht aus besonderen Gründen ein abweichendes Resultat motivirt sein sollte — die in Folge der Mortification erlangte Zahlung, oder das etwanige Surrogat des mortificirten Documentes, definitiv zu sichern. Hieran kann auch dadurch Nichts geändert werden, wenn etwa die Vindication von au porteur-Papieren aus dem Besitze eines bona de Inhabers durch die Particular-Gesetzgebung ausgeschlossen

sein solle. Denn, wenn es auch vom Standpunkte der Gesetzgebung mit Bedenken verknüpft sein mag, dort, wo man den bona fide Inhaber von au porteur-Papieren auf die vorbemerkte Weise schützt, wo mithin das Forderungsrecht des Verlierers in dem Augenblicke erlischt, in welchem das Document von einem Andern bona fide erworben wird, zugleich die Mortificabilität jener Papiere auszusprechen,

Gönner von Staatsschulden, deren Tilgungs-Anstalten ꝛc. 1826 S. 278 ff.

Schumm. l. c. S. 69

Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 14, S. 354,

so darf doch dies nicht dahin führen, dort, wo beide Bestimmungen neben einander bestehen, die auf die Mortification bezügliche Vorschrift ihrer wesentlichen Wirksamkeit zu berauben. Dies würde aber durch Feststellung der niedergerichtlichen Annahme geschehen, welche dem Ausschlusse der Vindication eines au porteur-Documentes aus dem Besitz des bona fide Erwerbers (so viel nach Hamb. Rechte überhaupt eine Vindication begründet sein würde), die Wirkung einräumt, daß dem bona fide Inhaber des mortificirten Documentes lediglich auf Grundlage seines tadellosen Besitzes, ein Klagerecht gegen den Imploranten auf Herausgabe des in Folge der Mortification Erlangten zustehe.

Zu dieser Ausdehnung der Berechtigung des bona fide Erwerbers geben auch — speciell das Hamb. Recht anlangend — keine Bestimmung des Mortifications-Gesetzes, und eben so wenig der Inhalt und die Fassung des Schlußparagraphen desselben (welcher die Vindication angegebenen Voraussetzungen allgemein ausschließt) irgend welche Veranlassung. Im Gegentheile aus den vorangehenden, wenngleich speciell nur auf die Mortification Hamburgischer Staatsschuld-Documente sich beziehenden §§ jenes Gesetzes erhellet, daß die Legislation die mögliche Collision der Bestimmungen über Mortification und über Besitzesschutz nicht verkannt, jedoch ungelöset gelassen hat, und nur bestrebt gewesen ist,

dem Vorkommen von Collisionsfällen — mit anderen Worten der Gefährdung von bona fide Erwerbern — durch eine sorgfältige Einrichtung der Formen des Mortifications-Verfahrens und eine selbst über den Zeitraum dieses letzteren hinausreichende Publicität möglichst vorzubeugen.

Auch in der drei Jahre später mit gesetzlicher Kraft eingeführten allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung ist in dem Art. 73 die Mortification abhanden gekommener Wechsel allgemein, also ohne die in blanco indossirten Wechsel auszunehmen gestattet, während in dem folgenden Art. 74 die Vindication verlorener oder entfremdeter Wechsel aus der Hand desjenigen, welcher sie auf tadellose Weise erworben hat, ebenfalls allgemein ausgeschlossen ist, so daß auch hier Collisionen möglich bleiben, und man nur auf die möglichste Verhinderung derartiger Fälle Bedacht zu nehmen hat, wie man denn in der Hamburger Praxis wirklich hierauf Bedacht nimmt.

Archiv für Wechselrecht IV. S. 242

Bei dem Vorstehenden ist der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Implorant sich bei dem Mortifications-Verfahren keine Rechtswidrigkeit hat zu Schulden kommen lassen, daß auch nicht etwa besondere Umstände auf Seiten des Inhabers des proclamirten Papiers diesen Letzteren berechtigen, die Wirkung der Praeclusion speciell von sich abzuwenden.

Das Niedergericht hat den letzteren Fall als hier vorliegend angenommen, insofern die Kläger das fragliche Bankbillet erworben hätten, nachdem es schon mortificirt gewesen sei, sie also in der Unmöglichkeit gewesen wären, ihre Interessen durch Anmeldung auf das erlassene Proclam zu vertreten. Nun kann es hier dahin gestellt bleiben, ob die im Allgemeinen über in integrum restitutio gegen abgegebene Praeclusiv-Sentenzen geltenden Grundsätze auch auf Mortifications-Proclame Anwendung finden können, da jedenfalls jenes Rechtsmittel nur von einem solchen Inhaber eines mortificirten Papiers benutzt werden kann, der dasselbe während des Laufes des Proclams besessen hat, und im Falle der Kunde von dem-

selben in der Lage gewesen wäre, eine Anmeldung auf dasselbe zu machen, an welchen factischen Voraussetzungen es hier gänzlich fehlt.

Es bleibt deshalb nur noch dasjenige zu erwägen übrig, was klägerischerseits über ein angeblich regelwidriges Verfahren des Beklagten bei Nachsuchung der Mortification des fraglichen Billets, und über die daraus abzuleitenden Folgen, vorgetragen worden ist.

Nachdem nämlich im Laufe der Verhandlungen der Beklagte nähere Angaben über die von ihm zum Zwecke der Mortification getroffenen Maaßregeln gemacht hatte, haben die Kläger gegen die Ordnungsmäßigkeit desselben im Wesentlichen folgende Einwendungen erhoben. Sie haben bestritten, daß der Beklagte das fragliche Billet überhaupt habe als verloren bezeichnen und auf Mortification antragen dürfen, da es ihm bekannt gewesen, daß, durch wen und wo es veräußert worden sei; sie haben dem Beklagten ferner zum Vorwurf gemacht, den angeblichen Verlust des Billets in Hamburg, wo derselbe Statt gehabt haben solle, und wo jedenfalls der Beklagte dasselbe als in Circulation befindlich habe annehmen müssen, nicht verkündigt und es an jeder Warnung des betreffenden Publikums vor dem Ankaufe des Billets habe fehlen lassen. Endlich haben sie geltend gemacht, daß der Beklagte bei Nachsuchung des Mortifications-Proclams auch in sofern unrichtige Angaben gemacht habe, als bei der Petersburger Behörde nicht er, der Beklagte, sondern sein Petersburger Correspondent Kempe als derjenige, dem das Billet abhanden gekommen, bezeichnet worden sei.

Was den factischen Grund dieser Einwendungen anlangt, so konnte freilich die erste derselben nicht ohne Weiteres als von dem Beklagten eingeräumt oder sonst außer Zweifel gestellt angenommen werden, dagegen hatte dies letztere in Betreff der zweiten und dritten zu geschehen. Denn daß das Mortifications-Proclam nicht in die Hamb. Blätter eingerückt worden und daß eben so wenig eine Warnung des dortigen Börsen-Publikums vor dem Ankauf des Billets erfolgt sei, ist

nicht nur dem Beklagten von den Klägern replicando vorgeworfen worden, ohne daß duplicando oder später gegen das factische dieser Behauptung beklagtischerseits irgend ein Widerspruch erhoben worden wäre, sondern das Niedergericht hat jene Behauptung der Kläger als unbestritten seinem Erkenntnisse zu Grunde gelegt, ohne daß hiegegen Seitens des Beklagten eine Beschwerde erhoben worden wäre. Hiezu kommt dann noch, daß auch der dritte Einwand als factisch außer Streit befindlich anzunehmen ist, wodurch der vorbemerkte zweite eine neue Unterstützung erhält. Ausweise des von dem Beklagten producirten Proclams

Anlage II., Act 2 incl. [6]

ist nämlich das Bankbillet „als in blanco indossirt" und ohne Angabe des Umstandes, daß es sich zur Zeit des angeblichen Verlustes im Besitze des ursprünglichen Erwerbers, des Beklagten, befunden habe, proclamirt, was darauf hinführt, daß es nicht dem ersten in selbigem genannten Erwerber, sondern einem späteren Inhaber, verloren gegangen sei. Würde dies nun auch, allein betrachtet, vollen Beweis des in Rede stehenden Umstandes nicht liefern können, so hat doch der Beklagte die von den Klägern mit Bestimmtheit aufgestellte Behauptung, daß Kempe das Billet als ihm abhanden gekommen zur Mortification angemeldet habe, nicht bestritten, vielmehr nur angegeben, er habe auf eine, dieser Behauptung halber, an Kempe gerichtete Anfrage keine Antwort von demselben erhalten, und in gegenwärtiger Instanz hat der Beklagte positiv eingeräumt, daß das in Folge der Praeclusion und resp. Mortification ausgefertigte neue Bankbillet nicht auf seinen Namen sondern auf denjenigen des genannten Kempe ausgestellt worden sei. —

Es handelt sich denn weiter um die Relevanz der vorbemerkten Umstände. In dieser Hinsicht ist jedenfalls der zweite derselben von durschlagender Bedeutung, so daß es weder auf eine Beweisführung in Betreff des ersten, noch auf ein weiteres Eingehen auf die rechtliche Bedeutung dieses und des dritten Momentes ankommt.

Als selbstverständlich muß nämlich die Pflicht desjenigen, welcher die Mortification eines Werthpapiers beantragt, angenommen werden, an denjenigen Orten, von welcher den Umständen nach zu vermuthen ist, daß das betreffende Papier sich daselbst in Circulation befinde oder befinden könne, jedenfalls aber an dem Verlust-Orte, Bekanntmachungen des Abhandengekommenseins und des im Werke befindlichen Mortifications-Verfahrens zu machen. Ohne solche Bekanntmachungen und Warnungen würde das Institut der Mortification die Sicherheit des Verkehrs mit Werthpapieren in unerträglicher Weise gefährden, und dieser Gesichtspunkt ist dann auch sowohl von den Schriftstellern als ein nothwendig festzuhaltender bezeichnet, wie auch bei den verschiedenen in neuerer Zeit gesetzlich erlassenen Mortifications-Regulativen wirklich festgehalten worden.

Vgl. z. B. Gönner l. c. S. 300 sub c.
Schumm. l. c. S. 79
Savigny l. c. S. 182. „Der Verlust ist offensichtlich und wiederholt bekannt zu machen u. s. w."

und von Gesetzen:

Hamb. Mortificationsgesetz § 6. Bekanntmachung an der Börse und in mehreren Zeitungen, „insbesondere in den, wenngleich kleineren Blättern des Ortes oder der Gegend, wo der Verlust, die Vernichtung, oder die Entwendung Statt gefunden haben soll." – § 7. Wiederholte Zeitungs-Publication von 6 zu 6 Monaten bis zu 3 Jahren, unter Umständen (nach § 8) selbst während noch mehrerer Jahre. § 13: Börsen-Anschlag auch in Betreff der bereits mortificirten Papiere.

Preuß. Gerichts-Ordnung I. 51 § 385
Preuß. Verordnung vom 16. Juni 1819 § 6 und 22 (Schumm. S. 209, 210, 211)

Baierische Verordnung vom 10. Octb. 1810 § IV. (Schumm. S. 217)
Hannoversche Verordnung vom 20. Jan. 1826 § 7 (Schumm. S. 228).

Wenn der Beklagte hier geltend gemacht hat, das Hamb. Mortifications-Regulativ finde keine Anwendung auf das nach den Statuten der Russischen Bank zu beurtheilende hier in Frage stehende Papier, und auf die in Betreff der Mortification desselben zu betrachtenden Formalitäten, so befindet er sich freilich in sofern im Rechte, als nach der Absicht der Hamb. Gesetzgebung

Raths-Proposition vom 6. August 1841 Nr. I. Anlage 1 S. 4

die Mortificabilität und eventualiter die Formalitäten der Mortification in Betreff solcher Werthpapiere, welche unter der Herrschaft besonderer Gesetze, Statuten oder Plane stehen, nach dieser Letzteren beurtheilt werden sollen; allein dies führt zu keinem seiner Sache dienlichen Resultate. — Denn gesetzt, ein auswärtiges Mortifications-Regulativ schreibe eine zur Sicherstellung des Verkehrs geeignete Maaßregel nicht vor, die in Hamburg in Beziehung auf Werthpapiere, welche an der dortigen Börse circuliren, für zur Verhütung von Gefahren und Beschädigungen nothwendig erachtet würde, so könnte der Hamburgische Geschäftsmann sich aus jenem Grunde von der Vornahme der betreffenden Maaßregel, ohne sich dem eventuell in Verlust Gerathenden verantwortlich zu machen, nicht dispensirt halten dürfen. Das, was in der angegebenen Beziehung die Theilnehmer eines gewissen Geschäftskreises im Verhältnisse zu einander zu beobachten haben, ist nur nach den dort geltenden Grundsätzen, unabhängig von der, wenn auch im Uebrigen maaßgebenden auswärtigen Bestimmung zu beurtheilen. — Sodann stehen aber auch die von dem Beklagten beigebrachten Bestimmungen der Petersburger Bankstatuten — welche jedenfalls ihm gegenüber als richtig vorgelegt anzunehmen sind — nicht ur Seite. Denn nach dem Art. 261 soll im Falle des Verlustes eines Bankbillets unter Anderen auch „der nächsten

örtlichen Polizeibehörde, Anzeige von dem Vorgefallenen gemacht werden." Ferner ist diese Anzeige, nebst der Angabe des Wohnortes des Verlierers bei der Petersburger Behörde einzureichen, welche demnächst den Erlaß der betreffenden Zeitungs- und Börsen-Publicationen anordnet. Das in Betracht kommende Regulativ weicht somit in dem hier besprochenen Punkte nicht von demjenigen ab, was oben als eine wesentliche und nothwendige Voraussetzung jedes Mortifications-Verfahrens bezeichnet worden ist. Denn daß die bei der Polizeibehörde über das Abhandengekommensein von Werthpapieren zu machende Anzeige den Zweck und regelmäßig den Erfolg hat, Nachforschungen zu veranstalten und Benachrichtigungen des Publikums, ja sogar besondere Mittheilungen an die bekannteren Banquiers zu veranlassen, ist ohne Widerspruch des Beklagten von den Klägern behauptet worden und ohnehin notorisch. — Ferner haben die in den Bankstatuten geforderte Production der bei der betreffenden Polizeibehörde gemachten Anzeige und die Angabe des Wohnortes des Verlierers ohne Zweifel den Zweck, die den Umständen nach angemessenen Bekanntmachungen resp. am Verlust- und Wohnorte, oder an beiden, anordnen zu können. — Der Beklagte hat somit auch den Principien des von ihm für sich angerufenen Russischen Regulativs auf eine den Verkehr gefährdende Weise zuwider gehandelt.

Daß es nicht näher nachgewiesen worden ist, und auch überhaupt nicht nachgewiesen werden kann, daß die Kläger, wenn die erforderlichen Verkündigungen und Warnungen erlassen worden wären, das Billet nicht erworben haben würden, kann dem Beklagten, dessen culpa vorliegt, den Klägern gegenüber, nicht in Betracht kommen. Es genügt hier, daß die unterlassene Verkündigung den Zweck gehabt haben würde, vor dem Erwerbe des betreffenden Papiers zu warnen, und daß ein Erwerb (im guten Glauben) Statt gefunden hat. — Hierbei ist der dem natürlichen Laufe der Dinge entsprechende Causalzusammenhang vorauszusetzen.

Da zufolge des Ausgeführten und da, wie oben bemerkt worden, über das eventuelle adjudicandum nach rechtkräftiger Verwerfung der exceptio pluspetitionis keine Ungewißheit mehr besteht, der Principal = Beschwerde der Kläger, welche auf Wiederherstellung des Niedergerichts=Erkenntnisses gerichtet ist, zu entsprechen war, so erledigt sich dadurch die Apellation des Beklagten von selbst, wobei es in Betreff der Kosten voriger Instanz bei deren Compensation zu belassen, in Betreff der Kosten gegenwärtiger Instanz aber so, wie im Erkenntnisse angegeben, zu sprechen war.

№ 28.

In Sachen Herrn **Dr. Carl Petersen** mand. noie **J. C. Spinn & Co.** in Berlin, Kläger (Anwald **Dr. Carl Petersen**) contra **Bing Gebr. & Co.**, Beklagte. (Anwald **Dr. J. Wolffson**)

A. Rechtsfall:

Die Kläger verlangten

I. von den Beklagten die Zahlung von Bco. ℔ 19,517. 4 ß event. die Rücklieferung der von Bach & Aroné zurückgesandten 11 Kisten Spiegel-Goldrahmen ꝛc. und zwar in Gemäßheit der Bürgschaft von 1846 porto- und zollfrei nach Berlin, und eine so große Summe, als nach Abzug des Facturabetrages der in jenen Kisten enthaltenen Waaren von den obigen Bco. ℔ 19,517. 4 ß noch übrig bleibe nebst Zinsen. Bach & Aroné hätten nämlich 1846 von Spinn & Co. jene Waaren in Commission genommen, um solche nach Shanghai zu senden, Beklagte aber die pünktliche Zahlung des Provenues gedachter Consignation, wenn die Waaren aber in zwei Jahren nach ihrer Abladung nicht verkauft würden, deren kostenfreie Rücksendung nach Verfügung der Kläger garantirt. Würde dies nicht prompt geschehen, hätten Beklagte Zahlung der Facturabeträge versprochen. Nach drei bis vier Jahren, als Kläger, Aufforderung unerachtet, über ihre Waaren nichts erfuhren, hätten die Kläger am 20. August 1850 beordert, die Consignation mit prompter Schiffsgelegenheit franco zurückzusenden, was überhaupt nicht geschehen sei. Eine von Beklagten den Klägern gemachte Anzeige, daß Bach & Aroné ihnen einige Kisten zurück-

gesandt hätten, alterire, als verspätet, die Bürgschaftspflicht der Beklagten nicht, ebensowenig, wie eine nicht ordnungsmäßig angefertigte von Bach & Aroné zu spät eingesandte Abrechnung.

II. Ordnungsmäßige Rechnungsablage über ein im Juli 1847 gemeinschaftlich von den Parteien nach Valparaiso gemachtes von Beklagten besorgtes Geschäft, wozu Kläger die Waare geliefert, Edition sämmtlicher den Beklagten zugekommenen darauf bezüglichen Papiere, namentlich der Correspondenz mit dem Consignatair in Valparaiso.

Beklagte excipirten dagegen:

Nach Anleitung der Verkaufsrechnung von Bach & Aroné und diesseitiger Contocourant käme den Beklagten noch ein Saldo von Bco. ℳ 4399. 7 β zu.

1) Die Klage rücksichtlich der von Bach & Aroné verkauften Waaren sei hinfällig, da Beklagte in Rücksicht auf diese sich nur für den Eingang des Nettoertrags der Verkaufsrechnung verpflichtet und den Klägern dies Provenü gutgeschrieben hätten.

2) Die unverkauften Waaren anlangend, so hafteten Beklagte nur dann für deren Facturabetrag, wenn Bach & Aroné zurückzuliefern weigerten; die Waare sei aber Klägern zur Disposition gestellt worden und Beklagte hätten für die Diligenz von Bach & Aroné nicht aufzukommen, die überdies keine Schuld träfe.

Deshalb sei das Hauptpetitum abzuweisen. Was das eventuelle anlange, so sei dies ebenfalls unzulässig, weil:

1) es an die Stelle des Nettoprovenues der verkauften Waare, deren Facturabetrag setze.

2) Kläger die Rücklieferung nicht in Berlin, sondern nur hier fordern könnten, und

3) Kläger gegen Auslieferung der Waare nicht die Zahlung ihres Conto-Courantsaldo offerirten.

Die verlangte Rechnungsablage über das nach Valparaiso gemachte gemeinschaftliche Geschäft, durch ordnungswidrige Ausführung der Kläger unglücklich ausgefallen, anlangend, so sei dieselbe bereits theils gegeben, theils werde sie, so weit Beklagte sich dazu verpflichtet hielten, durch Deposition einiger Papiere, die früher schon angeboten, auf dem Gerichte completirt.

Die Beklagten verlangten Abweisung der Klage und **reconveniendo** Verurtheilung der Kläger in den Saldo von Bco. ℳ 4399. 7 β, nebst Zinsen und Spesen und Kosten der Widerklage, gegen Auslieferung der den Beklagten von Bach & Aroné für Kläger zugesandten Waaren, event. Befugung zum öffentlichen Verkauf derselben.

B. Rechtssätze:

1) Es ist ausgemacht, daß bei difformen Erkenntnissen auch die Parthei, welche in zweiter Instanz eine theilweise reformatoria erreichte, zum Behuf einer noch günstigern Entscheidung die dritte Instanz anrufen kann.
2) Uebereinstimmung in einem Entscheidungsgrunde bildet keine Conformität der Erkenntnisse.
3) Der Verkaufscommittent kann in der Abrechnung die Angabe der Zeit der einzelnen Verkäufe verlangen, wenn davon der Umfang seiner Rechte abhängig ist.
4) Durch eine bloße Verwahrung in Bezug auf die in zweiter Instanz ausgesprochene Pflicht zur Edition einer Correspondenz kann in dritter Instanz nicht die Aufstellung einer Beschwerde ersetzt werden.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 20. April 1854.

Daß die klägerische Prozeßlegitimation durch die beigebrachte beglaubigte Vollmacht d. d. Hamburg, 24sten October 1850 für berichtigt zu erachten, es aber einer klägerischen Cautionsbestellung, für jetzt wenigstens, nicht bedarf,

und in der Sache selbst:

Da die Beklagten sich in Anlage 1 hinsichtlich der fraglichen Consignationen an Bach & Aroné in Shanghai gegen die Kläger

1) für die abseiten der Consignataire erfolgende pünktliche und richtige Zahlung der Provenues, welche deren alsbald nach Verkauf der Waaren zu ertheilende Verkaufrechnungen ergeben würden, verbürgt haben, so wie sie den Klägern

2) zugesagt haben, ihnen für diejenigen Waaren, welche noch nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Datum der Connoissemente unverkauft sein und ihnen sodann nicht auf ihr Verlangen prompt und unweigerlich abseiten Bach & Aroné zurückgeliefert würden, den Facturapreis bezahlen zu wollen, wobei überdies

3) von den Beklagten noch in Betreff der im Jahre 1846 consignirten Waaren, so weit diese, wie vorgedacht, nach Ablauf von zwei Jahren zurückbeordert würden, deren kostenfreie Rücklieferung zugesichert wurde,

da nun ad 1, sofern nicht etwa die Kläger die Echtheit der Verkaufrechnungen in Anlage 13 und 19 — worüber sie sich noch nicht erklärt haben — bestreiten oder auch behaupten werden, daß von den consignirten Waaren mehr als in solchen Verkaufsrechnungen verrechnet, verkauft wurde, die Verpflichtung der Beklagten ihre Erledigung findet, wenn dieselben, nachdem sie den Betrag der Verkaufsrechnung Anlage 13 bereits in ihrer Conto-Courant (Anlage B) mit Bco.℔ 7189. 12 ß den Klägern creditirten, auch noch den Betrag des in Anlage 19 berechneten Netto-Ertrags denselben gutschreiben, und zwar unter dem Datum, unter welchem, in Berücksichtigung, daß die in solcher Anlage 19 aufgeführten Waaren laut Anlage N schon am 6. November 1850 zu Sidney verkauft gewesen, eine „alsbald nach dem Verkauf" eingesandte Verkaufsrechnung hieselbst hätte eintreffen können,

indem nämlich die Beklagten wegen des Punktes, daß die in Anlage 19 aufgeführten Waaren nach Sidney von Bach & Aroné versendet und daselbst verkauft wurden, an sich nach dem Umfange der von ihnen übernommenen Garantie, vermöge welcher sie sich ja nur verpflichtet haben, für pünktliche und richtige Zahlung der aus den Verkaufsrechnungen sich ergebenden Provenues, nicht aber für etwaige Versehen der Consignataire und ein hiedurch herbeigeführtes ungünstiges Resultat aufzukommen, von den Klägern nicht besprochen werden können,

da ad 2 kein Zweifel darüber obwalten kann, daß die Kläger, welche die Rücksendung der unverkauften Waaren erst gegen Ende des Monats August 1850 beordern ließen (Anlage 5) keineswegs befugt sind, die im Februar 1851 von Shanghai abgesendeten, im November 1851 hieselbst eingetroffenen 10 Kisten wegen verspäteter Rücksendung abzulehnen,

vielmehr selbst hinsichtlich der erst im Mai 1852 hieselbst eingetroffenen einen Kiste weder nach dem Wortlaute, noch nach dem Sinn der Anlage 1 ein solches Recht der Ablehnung wegen verspäteter Rücksendung den Klägern einzuräumen ist,

der Umstand aber, daß die Beklagten in Geltendmachung ihres völlig begründeten Retentionsrechtes, nur gegen Berichtigung ihres Guthabens zur Auslieferung der von Bach & Aroné zurückgesandten Waaren sich erboten, gewiß nicht die Kläger berechtigen kann, nunmehr statt der Waaren deren Facturapreis zu beanspruchen,

es also hinsichtlich dieses Punktes sub 2 nur noch darauf ankommt, ob und wie weit etwa — worüber sich die Kläger noch bestimmter als bisher geschehen zu erklären haben werden — die retournirten Kisten nicht vollständig oder gar nicht in gehörigem Zustande alle diejenigen consignirten Waaren, welche nicht in den Anlagen 13 und 19 verrechnet wurden, enthalten,

so wie es eventuell darauf ankommen wird, wie fern und wie weit die Beklagten den sich ausweisenden Manco oder einen sich ausweisenden nicht gehörigen Zustand der Waaren zu rechtfertigen im Stande sein werden, um sich von ihrer Verbindlichkeit, die fehlenden oder nicht gehörig zurückgelieferten Waaren nach Facturapreis zu bezahlen, frei zu halten,

da ad 3 die hier fragliche Verpflichtung von einer weiteren Lieferung als bis nach dem Verschiffungsplatze Hamburg um so weniger verstanden werden kann, als die fraglichen Waaren unbestritten zu großem Theile gar nicht von Berlin oder auch nur aus dem Gebiete des Zollvereins abgesendet waren, überdies auch der von den Klägern beauftragte Hagenest in seinem Schreiben vom 20. August 1850 (Anlage 5) die Beklagten nur aufforderte, Bach & Aroné zu veranlassen, daß ihm die consignirten Waaren franco zurückgeliefert würden, damit er den weiteren Dispositionen der Kläger nachkommen könne,

da anlangend sodann den von den Klägern sub II. aufgestellten Anspruch, die Beklagten an sich den ungünstigen

Ausgang des hier fraglichen gemeinschaftlichen Consignations-geschäfts nicht zu vertreten haben,

ihre Verpflichtung aber zur Edition aller in Bezug auf dieses Geschäft in ihren Händen befindlichen Briefe und sonstigen Documente außer Zweifel steht und auch von ihnen selbst gar nicht bestritten wird,

daß — unter Feststellung der obigen Principien für die weitere Entscheidung — vorgängig mandatario nomine Kläger innerhalb 14 Tage darüber,

ob sie die Anlagen 13 und 19 als echt anerkennen,

sub poena agniti und ferner darüber

ob und eventualiter wie weit sie behaupten, daß mehr als in diesen Anlagen 13 und 19 aufgeführt von den in Anlage 2, 3 und 4 facturirten Waaren abseiten Bach & Aroné verkauft sei,

so wie auch hinsichtlich des Inhalts der — ihnen von den Beklagten zur genauen Untersuchung vorzusetzenden — retournirten Kisten sub poena contumaciae sich nach Maaßgabe des oben sub 2 Erwähnten zu erklären und dabei zugleich eine der nunmehrigen Actenlage entsprechend rectificirte Conto-Courant sub poena 5 Thaler beizubringen schuldig.

Es haben dagegen die Beklagten sämmtliche auf das in Rede stehende Valparaiso-Geschäft bezügliche Correspondenzen und Alles was sie sonst an Documenten hierüber besitzen und bisher noch nicht beibrachten, innerhalb 14 Tage — vorbehältlich eventueller weiterer klägerischer Competentien — beizubringen, oder doch zur klägerischen Inspection auf der Gerichts-Canzlei niederzulegen;

worauf demnächst weiter was Rechtens erkannt werden soll.

Uebrigens wird, diesem Erkenntnisse unbeschadet, nochmals Commission zum Güteversuche auf Dienstag, den 25sten dieses Monats, Nachmittags 2½ Uhr, verfügt, wozu Partes in Person sub poena 5 Thaler zu erscheinen schuldig.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 14. Juli 1854.
(Auf klägerische Appellation.)

Da zwar dem ersten Theile der beklagtischen Garantie (Anlage 1 zur Klage), wenn derselbe nicht unter Umständen illusorisch werden sollte, die Bedeutung beigelegt werden muß, daß die Beklagten nicht allein für die Zahlung der Provenues der Verkaufrechnungen, sondern auch für die Ertheilung der Verkaufrechnungen abseiten Bach & Aroné aufzukommen haben; daraus aber noch keineswegs folgt, daß — wie solches für den Fall, daß die Rücksendung der unverkauften Waaren abseiten Bach & Aroné nicht prompt und unweigerlich geschehen würde, ausdrücklich stipulirt worden ist — die Erstattung der Facturen-Beträge abseiten der Beklagten auch für den Fall der verzögerten oder gar nicht erfolgenden Einsendung der Verkaufrechnungen abseiten Bach & Aroné, ohne Weiteres einzutreten hat, vielmehr auf desfallsigen klägerischen Antrag den Beklagten die Beibringung der Verkaufrechnungen in angemessener Frist zu injungiren gewesen sein würde;

da somit, wie die Sache liegt, dem Handelsgerichte darin beizupflichten ist, daß die verzögerte Einsendung der Verkaufrechnungen, in so weit sich solche als für die Kläger verbindlich herausstellen werden, nur die Folge haben kann, daß die Provenues den Klägern entsprechend früher zu creditiren sind, wie solches auch hinsichtlich der Anlage 13, deren verzögerter Eingang durch das begleitende Schreiben von Bach & Aroné vom 15. October 1851 in keiner Weise entschuldigt erscheint, zu geschehen haben würde;

da hingegen hinsichtlich aller derjenigen Waaren, welche am Tage, als die Rücksendungs-Ordre vom 20. August 1850 in Shanghai eintraf, noch unverkauft waren — indem nach dem Eintreffen solcher Ordre weitere Verkäufe abseiten Bach & Aroné nicht vorgenommen werden durften — die Beklagten für die prompte Rücksendung der Waaren, somit für die Diligenz von Bach & Aroné aufzukommen, und eventualiter für diese Waaren den Facturabetrag zu ersetzen haben würden;

da, was die retournirten Waaren anlangt, die im November 1851 hieselbst eingetroffenen zehn Kisten, unter Berücksichtigung der Verschiffungs-Verhältnisse in China, von den Klägern nicht füglich abgelehnt werden können, und hinsichtlich dieser zehn Kisten nach Maaßgabe der vom Handelsgerichte aufgestellten Principien zu verfahren ist, wobei demselben auch darin beigepflichtet werden muß, daß die kostenfreie Rücklieferung nur bis Hamburg und nicht bis Berlin gefordert werden kann, indem dieser Punkt, wenn gleich derselbe nach der Anlage 1 einer anderen Beurtheilung sehr wohl unterliegen kann, doch durch das Schreiben des Herrn Hagenest vom 20. August 1850 für erledigt erachtet werden muß;

da jedoch die Frage, ob die im Mai 1852, insofern man von einer Rücksendung von Shanghai ausgeht, jedenfalls zu spät retournirte Kiste zurückzunehmen ist, gleich wie die fernere Frage, ob die Kläger sich auf die Verkaufsrechnung über die in Sidney verkauften Waaren, Anlage 19, überall einzulassen haben, davon abhängig ist, ob die Beklagten, wie sie solches pag. 34 Dupl. in Aussicht stellen, die Versendung der betreffenden Waaren nach Sidney zu rechtfertigen vermögen, indem die Consignationen unbestrittener Maaßen für China bestimmt waren, und die Beklagten als Garanten für diese Consignationen, dafür daß dieselben ihrer ursprünglichen Bestimmung nicht entfremdet wurden, um so gewisser aufzukommen haben, als, wenn man diesen Gesichtspunkt aufgeben wollte, eine jede Basis für die Beurtheilung der Garantie verloren gehen würde;

da es endlich hinsichtlich der Anlage 13 vor allen Dingen darauf ankommt, ob die nach Maaßgabe derselben gemachten Verkäufe vor oder nach dem Eintreffen der Rücksendungs-Ordre in Shanghai effectuirt sind, und demnach, bevor von den Klägern eine Erklärung über diese Verkaufrechnung verlangt werden kann, dieselbe vorgängig nach den Daten der einzelnen Verkäufe zu specificiren ist;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo den 20sten April dieses Jahres, so weit dasselbe angefochten worden,

hinsichtlich der retournirten zehn Kisten und der in Betreff derselben aufgestellten Principien zu bestätigen, übrigens aber dahin zu reformiren ist, daß Beklagte in einem vom Handelsgerichte festzusetzenden Termine,

1) den Klägern Gegenbeweis et quaevis competentia vorbehältlich zu erweisen haben:

daß Bach & Aroné nach den zwischen ihnen und den klägerischen Mandanten bestehenden Verhältnissen zu der Versendung eines Theiles der Waaren nach Sidney befugt waren;

2) die Daten der einzelnen Verkäufe der Anlage 13 zu specificiren haben, unter dem Praejudize, daß in Entstehung solcher Specification angenommen werden wird, daß die Verkäufe nach dem Eintreffen der Rücksendungs-Ordre in Shanghai, stattgefunden haben;

wobei den Klägern der Antrag auf Edition der zwischen Bach & Aroné und den Beklagten geführten Correspondenz, so wie sonstiger in den Händen der Letzteren befindlichen Papiere über die hier fraglichen Geschäfte vorbehalten bleibt.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, nebst den wieder zu versiegelnden Acten, an das Handelsgericht zum demgemäßen weiteren Verfahren zu remittiren.

Und wird übrigens der Registratur committirt, die Anlage 1, retenta copia vidimata, dem Herrn Präses der Stempel-Deputation zur weiteren Verfügung einzusenden.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß

vom 27. Octbr. 1856.

(Auf beiderseitige Appellation.)

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellationen für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der

freien Hansestadt Hamburg vom 14. Juli 1854 zwar dahin abzuändern, daß:

1) hinsichtlich der Waaren, worauf sich die Anlage 19 bezieht, das Handelsgerichtliche Erkenntniß vom 20sten April 1854 wieder herzustellen,

2) hinsichtlich der Waaren, welche in der im Mai 1852 zurückgelangten Kiste enthalten waren, die Beklagten statt des vom Obergericht normirten Beweissatzes den Beweis zu führen haben:

daß diese Waaren bei Eintreffen der Rücklieferungsordre zu Shanghai entweder nach Sidney zum Verkauf gesendet, und Bach & Aroné nach den zwischen ihnen und den klägerischen Mandanten bestehenden Verhältnissen zu dieser Versendung befugt waren, oder die Waaren an einem von Shanghai entfernten Ort in China lagerten, und in dem einen wie in dem andern Falle, ungeachtet prompter Berücksichtigung der Rücklieferungsordre, nicht früher als geschehen zurückgesendet werden konnten;

im Uebrigen aber das gedachte Erkenntniß zu bestätigen und die Kosten jetziger Instanz zu compensiren seien, und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

A) Die Beurtheilung der beiderseitigen Beschwerden hängt hauptsächlich von der Frage ab, wie weit die Verpflichtungen gehen, welche die Beklagten durch die Bürgschafts-Urkunde vom 12. April 1846 übernommen haben, und es muß daher zunächst auf die Auslegung dieser Urkunde eingegangen werden. Abgesehen von der jetzt nicht in Betracht kommenden Nachschrift lassen sich zwei Theile der Urkunde unterscheiden, der erste betrifft die Haftung für die Verkaufs-Provenue, der andere die Haftung für Rücklieferung unverkauft gebliebener Waaren.

Am wenigsten Zweifel bot

I) dieser zweite Theil, indem hier die Beklagten die bestimmte Verbindlichkeit übernommen haben, für die nach zweijähriger Dauer der Consignation nicht verkauften Waaren, wenn sie nach Verfügung der Kläger nicht prompt und unweigerlich zurückgeliefert werden sollten, den Facturabetrag zu erstatten. Nach den hier gebrauchten Worten „nicht prompt und unweigerlich" ist es klar, daß die Beklagten nicht blos dann die Facturapreise zu vergüten hatten, wenn die Consignataire Bach & Aroné sich weigerten, einer Rücklieferungs-Ordre zu entsprechen, oder damit Schwierigkeiten machten, oder wenn eine an die Beklagten ergangene gerichtliche Auflage zur Rücklieferung erfolglos blieb — auf welche Fälle die Beklagten in den Ausführungen erster Instanz ihre Haftung zu beschränken suchten — sondern auch dann, wenn Bach & Aroné die Rücksendung ohne Grund verzögerten, nicht mit der pflichtmäßigen Diliganz dabei verfuhren. Zugleich ergiebt sich aus jener Bestimmung von selbst, daß die fragliche Haftung der Beklagten auch für solche Waaren anerkannt werden muß, welche Bach & Aroné etwa noch nach Empfang der Rücklieferungs-Ordre verkauft haben sollten. Mit dem Augenblick, wo die Rücklieferungs-Ordre eintraf, hörte jede Befugniß zum ferneren Verkauf auf, und mußten alle noch unverkauften Waaren sofort und unverweigerlich zurückgeliefert werden. Die Behauptung der Beklagten, daß Bach & Aroné mit dem Verkauf noch hätten fortfahren dürfen, bis die Rücklieferung den Umständen nach habe zur Ausführung gebracht werden können, ist eine offenbar willkührliche.

II) Was den ersten Theil der Verbürgung betrifft, so kam es vor allem

1) auf die Frage an, ob die Beklagten lediglich für pünktliche und richtige Zahlung des aus einer ertheilten Verkaufsrechnung sich ergebenden Netto-Provenues einstehen, also nur die Solvenz von Bach & Aroné verbürgen, oder auch für Einsendung gehöriger Verkaufsrechnungen haften sollten. Der Wortlaut scheint auf den ersten Blick für die beschränktere

Auslegung zu sprechen, indem direct nur die Haftung für pünktliche und richtige Zahlung des Netto=Provenues zugesagt ist. Dennoch mußte man sich unbedenklich mit dem Obergericht für den weiteren Umfang der Verbürgung erklären. Das Entscheidende dafür liegt in der Art und Weise, wie der „alsbald nach dem Verkauf der Waaren von Bach & Aroné zu ertheilenden Verkaufsrechnungen" Erwähnung geschieht. Hätte man die künftige Ertheilung der Verkaufsrechnungen nur als selbstverstandene Erwartung von der Handlungsweise der Consignataire vorausgesetzt, ohne damit den Gedanken an eine Verpflichtung der Bürgen zu verknüpfen, so würde mindestens das Wort „alsbald" ein völlig überflüssiges gewesen sein, weil es für die auf Zahlung des Netto=Provenues beschränkte Bürgschaft gleichgültig gewesen wäre, ob die Verkaufsrechnungen früher oder später eingesendet wurden. Gerade dieses Wort deutet unverkennbar an, daß die pünktliche Ertheilung der Verkaufsrechnungen eine Bedeutung für das Verhältniß der Kläger zu den Bürgen haben sollte, eine Bedeutung, die nur darin bestehen konnte, daß man sich die Haftung der Bürgen als auf zeitige Einsendung der Verkaufsrechnungen erstreckt dachte. Darauf führt auch die Construction des ganzen Satzes hin, indem die Erwähnung der alsbald zu ertheilenden Verkaufsrechnungen so in die Worte von pünktlicher und richtiger Zahlung des Netto = Provenues eingeschoben ist, daß es am natürlichsten erscheint, die Zusage der Verbürgung auf beide Pflichten der Hauptschuldner zusammen zu beziehen. Indem beide Pflichten als ein ungetrenntes Ganzes hingestellt wurden, beseitigte man für die Verbürgung die Eigenschaft einer blos bedingten, welche sie gehabt haben würde, wenn nur die Zahlung des Netto=Provenues für den Fall hätte sicher gestellt werden sollen, daß Bach & Aroné eine Verkaufsrechnung ertheilen würden. Unterstützt wird diese Auslegung sowohl durch den Zusammenhang mit dem zweiten Theil der Verbürgung, als durch den nach den Umständen anzunehmenden Zweck der letzteren überhaupt. Es handelte sich um ein überseeisches Geschäft nach einem weithin

entlegenen Platze, wobei sich die große Schwierigkeit, die Consignataire direct zur Erfüllung ihrer Pflicht anzuhalten, von selbst aufdringen mußte. Die Beseitigung der hieraus für die Kläger entstehenden Bedenken muß, von wem auch der Anlaß zur Consignation ausgegangen sein mochte, als Zweck der Verbürgung angesehen werden. Wenn nun auch, wie die Kläger selbst nicht bestreiten, keineswegs beabsichtigt wurde, eine Bürgschaft für alle Verbindlichkeiten der Consignataire zu geben, so darf es doch unter diesen Umständen als die Meinung beider Theile vorausgesetzt werden, es habe den Klägern wenigstens so viel garantirt werden sollen, daß sie, so weit es zum Verkaufe der Waaren kam, wegen Erlangung der Provenues, so weit sie unverkauft bleiben, wegen der Rücklieferung der Nothwendigkeit sich direct an Bach & Aroné zu wenden und sie eventuell auszuklagen, gänzlich enthoben werden sollten. Daß konnte aber nur erreicht werden, wenn die Beklagten auch für die pünktliche Ertheilung der Verkaufsrechnungen hafteten, denn so lange diese fehlen, konnte wegen Zahlung eines Provenues gegen die Beklagten mit Erfolg kein Anspruch erhoben werden. Zwar wäre den Klägern übrig geblieben, gegen die Beklagten auf Rücklieferung sämmtlicher consignirten Waaren zu dringen, und diesen hätte es alsdann obgelegen, nachzuweisen, wieviel von den Waaren bereits verkauft sei. Allein einerseits wäre im Fall eines solchen Nachweises dem Bedürfniß der Kläger, prompt zum Bezug des Verkaufsprovenues zu gelangen, noch nicht entsprochen gewesen, andererseits konnte für die Beklagten, wenn ihnen einmal ein solcher Nachweis oblag, den sie sich nur von Bach & Aroné zu verschaffen vermochten, die Uebernahme einer Haftung für die pünktliche Ertheilung der Verkaufrechnungen keine belästigende Erweiterung der Bürgschaft bilden und es dient daher auch dieser Umstand zur Brstärkung der obigen Auslegung.

Daß übrigens in dieser Verpflichtung zugleich die Garantie für Ertheilung einer gehörigen Verkaufsrechnung, d. h. einer Aufstellung von Bach & Aroné, welche allen wesentlichen

Erfordernissen einer ordentlichen und nach Beschaffenheit des Geschäfts genügend specificirten Verkaufsrechnung zu entsprechen hatte, mit eingeschlossen war, folgt aus dem Begriff der Verkaufsrechnung, wie aus der Natur des Verhältnisses von selbst, indem sonst die Verpflichtung zwecklos und illusorisch gewesen sein würde.

Es entstand aber

1) noch die weitere Frage, welche Folgen eine von Bach & Aroné verzögerte Einsendung der Verkaufsrechnung nach sich ziehen mußte. Auch in dieser Hinsicht war völlig dem Obergericht beizutreten. Der Nachtheil, daß die Beklagten für die Facturapreise haften sollen, ist lediglich im zweiten Theil der Bürgschafts-Urkunde für den Fall verzögerter oder verweigerter Rücklieferung unverkaufter Waaren bedungen, und es wäre willkührlich, ihn ohne Weiteres auch auf den ersten Theil zu übertragen. Da in diesem ersten Theil nichts darüber bestimmt ist, so waren die Beklagten zunächst nur den Folgen unterworfen, welche gesetzlich im Fall einer mora des Hauptschuldners den Bürgen treffen, konnten also nur zur nachträglichen Erfüllung der Verbindlichkeit selbst und zur Ausgleichung der den Klägern durch die Verzögerung entstandenen Nachtheile angehalten werden, und erst eine erfolglos auferlegte Lieferung der Verkaufsrechnung konnte zu der Annahme, daß die Waaren unverkauft geblieben seien, und dadurch mittelbar zum Ersatz der Facturapreise aus dem zweiten Theil der Bürgschaft hinführen, eine Eventualität, welche dermalen nicht in Frage steht.

Geht man nun

B) zur Prüfung der beiderseitigen Beschwerden selbst über, so verlangen

I) die Kläger in ihrem gravamen unicum Verurtheilung der Beklagten in die Bezahlung der Facturapreise sämmtlicher consignirter Waaren, mit Ausnahme der im November 1851 zurückgelangten zehn Kisten, also der Facturapreise

der Waaren, worauf sich die beiden Verkaufsrechnungen Anl. 13 und 19 beziehen,

und

der Waaren, welche in der im Mai 1852 zurückgelangten Kiste enthalten waren.

So viel zunächst

1) die Frage betrifft, ob dieser Beschwerde nicht duae conformes entgegenstehen, so ist rücksichtlich der zuletzt gedachten Waaren die Zulässigkeit der Appellation weder bestritten worden, noch in Zweifel zu ziehen, da das Handelsgericht den Klägern die Befugniß, die fragliche Kiste als verspätet abzulehnen, abgesprochen, das Obergericht aber die Entscheidung darüber erst noch von einem Beweise der Beklagten abhängig gemacht hat, und es bei difformen Erkenntnissen ausgemacht ist, daß auch die Parthei, welche in voriger Instanz eine theilweise reformatoria erreichte, zum Behuf einer noch günstigeren Entscheidung die dritte Instanz angehen kann.

Auch rücksichtlich der übrigen Waaren ist jedoch die Zulässigkeit der Appellation von den Beklagten mit Unrecht bestritten worden. Allerdings sind beide vorige Instanzen in der Ansicht einig, daß die Verspätung der Verkaufsrechnungen allein die Kläger nicht berechtigte, die Facturapreise der verkauften Waaren zu fordern. Allein nur in erster Instanz ist diese Ansicht in ein wirkliches Decisum übergegangen, indem die Kläger, sobald die Vollständigkeit und Echtheit der Anlage 13 und 19 constatirt werde, schuldig erklärt wurden, sich mit den darin aufgeführten Provenues zu befriedigen. Das Obergericht hat dagegen aus einem anderen Grunde, nämlich, weil erst aufgeklärt werden müsse, ob die fraglichen Verkäufe von Bach & Aroné nicht nach Zeit oder Ort unbefugte gewesen seien, die Entscheidung zur Zeit wieder aufgehoben und es erst von jener Aufklärung abhängig gemacht, ob die Kläger mit der Forderung der Facturapreise abzuweisen seien, außerdem aber eventuell auch hinsichtlich der Zeit der Creditirung des Provenues von Anl. 13 zu Gunsten der Kläger reformirt. Es liegt also nur Uebereinstimmung in einem Entscheidungsgrunde vor.

2) In der Sache selbst stellte sich die Beschwerde

a) in Ansehung der Waaren, worauf sich die beiden Verkaufsrechnungen Anl. 13 und 19 beziehen, als unbegründet dar. So weit sich das Verlangen unbedingter Zuerkennung der Facturapreise auf die verspätete Einsendung beider Verkaufsrechnungen stützt, ergiebt sich seine Grundlosigkeit aus der obigen Ausführung unter A. II. 2 von selbst. Hinsichtlich der Anl. 19 haben die Kläger außerdem noch geltend gemacht, der Verkauf in Sidney, worauf sich diese Anlage bezieht, sei ohne weiteres als ein sie nicht bindender zu erachten, indem der vom Obergericht den Beklagten nachgelassene Beweis über die Befugniß von Bach & Aroné zur Waarensendung nach Sidney theils ungenügend, theils wegen verspäteter und zu allgemeiner Geltendmachung jener Befugniß unstatthaft sei. Es braucht indessen auf die Gründe dieser Anfechtung des obergerichtlichen Beweisnachlasses hier nicht eingegangen zu werden, weil, wie sich aus der unten folgenden Ausführung zur Appellation der Beklagten ergeben wird, in Betreff des fraglichen Theiles der Waaren vom Obergericht schon zu günstig für die Kläger anerkannt worden ist, und das handelsgerichtliche Erkenntniß in dieser Beziehung wieder hergestellt werden mußte.

b) So weit die Beschwerde der Kläger die in der, im Mai 1852 zurückgelangten, Kiste enthaltenen Waaren betrifft, konnte dieselbe nicht für ganz unbegründet angesehen werden.

Zwar war der Antrag, auch hier jeden Beweisnachlaß für die Beklagten zu beseitigen und sie sofort in die Facturapreise der fraglichen Waaren zu verurtheilen, in keiner Weise gerechtfertigt. Um hierzu zu gelangen, müßte bereits liquid vorliegen, entweder, daß die Waaren unbefugt von Shanghai nach einem andern Platze versendet und dadurch ihre Rücklieferung verspätet worden sei, oder daß selbst mit Rücksicht auf die Lagerung an einem andern Platz als Shanghai, die Rücksendung früher hätte erfolgen müssen. Letzteres meinen die Kläger aus den mit Sidney bestehenden Schifffahrtsverhältnissen folgern zu dürfen; die Beklagten bestreiten aber diese Behauptung, und da von einer Notorietät hierüber nicht die Rede sein kann, so ist eine Beweisführung in dieser

Beziehung unentbehrlich, so weit es überhaupt, wie unten zu erwähnen ist, auf die Rücklieferung von Sidney ankommen sollte. Was aber die erste Alternative betrifft, so leidet es zwar keinen Zweifel, daß, wenn die Waaren unbefugterweise von Bach & Aroné nach Sidney gesendet waren, die Beklagten für den dadurch veranlaßten Aufschub der Rücklieferung durch Zahlung der Facturapreise aufzukommen haben, indem dieser Nachtheil, wie oben und A. I. ausgeführt, im zweiten Theil der Bürgschaft-Urkunde, als Folge eines jeden Mangels an Diligenz der Consignataire hinsichtlich der Rücklieferung unverkaufter Waaren festgesetzt worden ist, wie solcher Mangel aber entschieden vorliegt, wenn die Consignataire sich durch willkührliche Weitersendung von Waaren selbst außer Stand setzten, der Rücklieferungsordre prompt entsprechen zu können. Allein ob Bach & Aroné durch die Sendung nach Sidney unbefugt handelten, steht noch nicht völlig fest. Zwar muß dies zum Beweis des Gegentheils allerdings angenommen werden. Denn wenn gleich in der Bürgschaft-Urkunde ein Bestimmungsort für die consignirten Waaren nicht ausdrücklich genannt worden ist, so unterliegt es doch nach allen bei Eingehung des Geschäftes obwaltenden Umständen, sowie namentlich nach Inhalt aller über die Consignation gewechselten Briefe, gar keinen Zweifel, daß China das Verkaufsland war, welches man im Auge hatte. Nun läßt sich aber weder Sidney als eine mercantilische Dependenz von China ansehen, noch behaupten, daß es von deutschen Häfen aus nur über China erreichbar sei. Vielmehr bot sich den Klägern, wenn sie den australischen Markt versuchen wollten, in dem vielfachen Schiffsverkehr Hamburgs mit Australien genügende Gelegenheit dar. Eine stillschweigende Erstreckung der Consignation auf australische Orte läßt sich daher hier um so weniger ohne weiteres voraussetzen, als den Consignatairen von Anfang an zu erkennen gegeben war, daß die Kläger nicht der Meinung seien, die Waaren jedenfalls und, auf welche Weise es sei, verkaufen zu lassen, vielmehr von ihnen für den Fall, daß im Laufe von zwei Jahren keine angemessenen Verkäufe zu erlangen sein sollten,

die Rückbeorderung der Waaren im Voraus in Aussicht gestellt worden war.

Indessen haben die Beklagten sich doch bestimmt auf die Befugniß von Bach & Aroné zur Versendung nach Sidney berufen und eine Beweisführung hierüber konnte ihnen billig nicht abgeschnitten werden. Ohne genügenden Grund nämlich haben die Kläger hiergegen eingewendet, jene Befugniß sei zu spät, weil erst in der Duplik geltend gemacht und sei auch nicht gehörig substantiirt worden. Verspätet war die Behauptung der Beklagten schon deshalb nicht, weil erst durch die Replik, daß die Consignation auf China beschränkt gewesen sei, dazu Anlaß gegeben wurde, und die Allgemeinheit, in welcher sie zunächst in der Duplik aufgestellt wurde, findet ihre Entschuldigung darin, daß die Beklagten den Umständen nach, worauf sie sich auch sofort beriefen, damals nicht in der Lage waren, das Verhältniß von Bach & Aroné zu den Klägern in allen Theilen zu übersehen. Uebrigens ließ doch auch die fragliche Stelle der Duplik p. 34 des handelsgerichtlichen Protocolls, vergl. mit p. 14 ibid., schon so viel erkennen, daß eine Befugniß auf Grund kaufmännischer Ansicht behauptet werden sollte, und gestattete mindestens eine dahin gehende Erläuterung, wie sie nunmehr von den Beklagten in der Vernehmlassung jetziger Instanz gegeben worden ist.

Konnte sonach dem Antrage auf sofortige Verurtheilung nicht entsprochen werden, so bedurfte doch der Inhalt des nachgelassenen Beweises einer Aenderung. Einmal nämlich haben die Kläger mit Recht geltend gemacht, es stehe keineswegs fest, daß die in der fraglichen Kiste enthaltenen Waaren wirklich nach Sidney gesendet worden seien. Abgesehen davon, daß die Angaben der Beklagten selbst hierüber schwankend gewesen sind, liegt jedenfalls von Seiten der Kläger kein Zugeständniß über jene Versendung vor, wie ein solches namentlich in der Erwiederung der Triplik (p. 65), die Kiste könne unmöglich alle nach Sidney gesandten Waaren enthalten, nicht gefunden werden kann. Die Thatsache der Versendung nach Sidney mußte daher in den Beweissatz mit aufgenommen

werden. Sodann aber folgt, auch wenn diese Versendung eine befugte gewesen sein sollte, daraus noch nicht, daß das verspätete Eintreffen der Kiste im Mai 1852 hinlänglich entschuldigt sei. Es hängt dies vielmehr von den zwischen Sidney und Hamburg bestehen Schifffahrtsverhältnissen ab, wobei es, wie erwähnt, zur Zeit an einer actenmäßigen Aufklärung fehlt. Der Beweissatz mußte daher auch hierauf ausgedehnt werden, wobei die Beweislast nur die Beklagten treffen konnte, da es ihre Sache ist, die factisch vorliegende Verspätung zu justificiren.

So viel hiernächst

II) Die Appellation der Beklagten betrifft, so verlangen sie in ihrer Prinzipalbeschwerde durchgängige Wiederherstellung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses. In Verbindung mit den eventuellen Anträgen derselben ergiebt sich hieraus nach Verschiedenheit der Gegenstände, worüber erkannt ist, überhaupt folgender Inhalt der Beschwerden:

1) hinsichtlich der Waaren, worauf sich die Verkaufsrechnung Anl. 13 bezieht, wollen die Beklagten
   a) von der Auflage, die Daten der einzelnen Verkäufe zu specificiren, befreit sein, folgeweise die Kläger, nachdem ihnen das Provenue der Rechnung bereits gut geschrieben worden, mit dem Anspruch auf Ersatz der Facturapreise ganz abgewiesen sehen;
   b) eventuell verlangen sie, daß den Klägern Erklärung darüber auferlegt werde, ob und welche der in Anl. 13 aufgeführten Waaren erst nach der Zeit, wo Bach & Aroné in der Lage gewesen, der Rücklieferungs-Ordre nachzukommen, oder doch nach dem Eintreffen dieser Ordre in Shanghai verkauft seien;
   c) in pessimum eventum, daß die ihnen auferlegte Vervollständigung auf die Angabe beschränkt werde, ob und welche Waaren schon vor dem einen resp. andern der bezeichneten Zeitpunkte verkauft seien;
2) hinsichtlich der Waaren, worauf sich die Verkaufsrechnung Anl. 19 bezieht, verlangen die Beklagten

a) daß von einer Beweisauflage abgesehen und ihre Verbindlichkeit für erledigt erklärt werde, wenn sie den Klägern das Provenue dieser Rechnung mit dem Tage gutschreiben, wo die Rechnung, wenn alsbald nach dem 6. Novbr. 1850 abgesendet, in Hamburg hätte eintreffen können;

b) eventuell, daß den Klägern der Beweis auferlegt werde, Bach & Aroné seien nicht befugt gewesen, die Waaren zum Verkauf nach Sidney zu senden;

3) hinsichtlich der Waaren, welche in der im Mai 1852 zurückgelangten Kiste enthalten waren, verlangen endlich die Beklagten, daß den Klägern das Recht, die Zurücknahme dieser Waaren abzulehnen, ohne weiteres abgesprochen werde. Eventuell, wenn davon ausgegangen wird, daß diese Waaren zu den nach Sidney gesendeten gehörten, bezieht sich der Antrag auf Veränderung der Beweislast (sub 2 b) auch hierher.

Was nun

zu 1) die Waaren betrifft, worauf sich Anl. 13 bezieht, so war

a) der prinzipale Theil der Beschwerde, der obigen Auslegung der Bürgschafts-Urkunde zufolge, offenbar unbegründet, indem die Kläger alle nach dem Eintreffen ihrer Rücklieferungs-Ordre in Shanghai etwa noch vorgenommenen Verkäufe als sie verbindend nicht anzuerkennen brauchen, vielmehr die desfallsigen Waaren als ihnen nicht zurückgelieferte unverkaufte Waaren zu behandeln berechtigt sind, so daß es wesentlich darauf ankommt, zu constatiren, welche der in Anl. 15 aufgeführten Verkäufe vor und nach dem Eintreffen der Rücklieferungs-Ordre abgeschlossen wurden.

b) Ebenso unbegründet war die nächste eventuelle Beschwerde, daß die hierüber erforderliche Erklärung nicht den Klägern auferlegt worden sei. Nach der obigen Ausführung unter A. II. hatten die Beklagten für Ertheilung einer vollständigen Verkaufsrechnung von Seiten Bach & Aroné zu haften. Unbezweifelt kann nun aber der Verkaufs-Committent in der Abrechnung

die Angabe der Zeit der einzelnen Verkäufe verlangen, wenn davon der Umfang seiner Rechte, z. B. die Zeit der Creditirung der Provenues, oder wie hier, sogar die Befugniß, statt der Verkaufspreise den Facturabetrag zu fordern, abhängig ist. Es kommt hinzu, daß die vorliegende Verkaufsrechnung erst beinahe ein Jahr nach dem Eintreffen der Rücklieferungs-Ordre in Shanghai ausgestellt ist, dadurch also die Aufklärung über die Zeit der Verkäufe eine um so größere Bedeutung gewonnen hat. Die Frage übrigens, wer nach beschaffter Vervollständigung den Beweis über den früheren oder späteren Verkauf zu führen haben wird, kam jetzt nicht in Betracht, da hierüber in den vorigen Instanzen noch nichts entschieden worden ist.

Endlich stellte sich

c) auch die fernere eventuelle Beschwerde, daß die Vervollständigung nicht auf die Angabe beschränkt worden sei, welche Waaren vor dem Eintreffen der Rücklieferungs-Ordre, resp. vor der Zeit, wo sie befolgt werden konnte, verkauft worden seien, als verwerflich dar. Wenn auch das Haupt-Interesse der Auflage darin besteht, zu constatiren, welche Waaren vor der Rücklieferungs-Ordre verkauft sind, so muß es doch den Klägern (wie solches auch in dem Obergerichts-Erkenntniß offen gelassen worden ist) unbenommen sein, für solche Verkäufe, welche etwa in eine erheblich frühere Zeit der vorausgegangenen mehrjährigen Periode zurückfallen sollten, eine entsprechende frühere Creditirung des Provenues zu verlangen, und sie haben daher ohne Zweifel ein Recht, aus der gedachten Periode eine durchgängige Specificirung der Verkaufs-Daten zu empfangen. Für die Zeit nach der Rücklieferungs-Ordre fehlt es allerdings an einem Interesse der Kläger, die speciellen Verkaufs-Daten zu erfahren, und muß es genügen, wenn sich die desfallsigen Verkäufe aus dem Gegensatz zu den aus der vorangehenden Zeit zu specificirenden ergeben. Zu diesem Resultat führt aber auch das vom Obergericht mit der Auflage verbundene Praejudiz von selbst, und bedurfte es daher in dieser Beziehung keiner Abänderung der Entscheidung.

Wenn übrigens die Beklagten als Endpunkt der Verkaufs-Befugniß von Bach & Aroné nicht das Eintreffen der Rücklieferungs-Ordre in Shanghai, sondern die Zeit, wo Bach & Aroné derselben den Umständen nach hätten nachkommen können, angesehen wissen wollen, so bedarf dies, da das Unterlassen fernerer Verkäufe keine Vorbereitung erforderte, keiner Widerlegung.

Zu 2) hinsichtlich der Waaren, worauf sich die Anl. 19 bezieht, war die prinzipale auf Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses gerichtete Beschwerde für begründet zu halten. Die Beklagten machen nämlich mit Recht geltend, daß sie, auch wenn Bach & Aroné nicht befugt gewesen sein sollten, die Waaren nach Sidney zu senden, hierfür, so weit es zum wirklichen Verkauf derselben gekommen ist, nicht verantwortlich seien. Die Haftung der Beklagten für die Einhaltung des Bestimmungsortes bei Ausführung der Verkaufs-Commission kann nach Inhalt der Bürgschaft-Urkunde nicht als etwas sich von selbst verstehendes angesehen werden. Die Beklagten haben sich nicht für den ganzen Umfang der Verbindlichkeiten von Bach & Aroné verbürgt, und hinsichtlich der Vornahme von Verkäufen nicht, wie es hinsichtlich der Rücklieferung unverkauft gebliebener Waaren geschehen ist, für jeden Mangel an Diligenz der Consignataire einzustehen versprochen. So erheblich nun auch die Erhaltung des Bestimmungsortes ist, so läßt sich doch nicht behaupten, daß sie, im Vergleich mit anderen Pflichten der Consignataire, namentlich der Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt bei Ausführung der Verkäufe eine so hervorragende Stellung einnehme, daß es der Bürgschaft ohne Erstreckung darauf an der unentbehrlichen Basis fehlen würde, und daß die Kläger deshalb berechtigt wären, den Beklagten gegenüber die an einem andern Orte verkauften Waaren eben so wie unverkauft gebliebene zu behandeln, deren Rücklieferung ihnen verweigert worden wäre. Hierzu hätte es vielmehr einer entsprechenden Stipulation in der Bürgschaft-Urkunde bedurft, wovon diese aber nicht die mindeste Andeutung enthält.

Damit erledigt sich die eventuelle, nach dem Obigen ohnehin unbegründete, Beschwerde wegen der Beweislast von selbst.

Zu 3) hinsichtlich der Waaren, welche die im Mai 1852 zurückgelangte Kiste enthielt, war das Verlangen der Beklagten, daß den Klägern das Recht, die Zurücknahme der Waaren abzulehnen, ohne eine Beweisführung abgesprochen werde, für unbegründet zu erachten. Dies folgt, so weit die Beklagten sich darauf stützen, daß die Weitersendung der Waaren von Shanghai nach einem andern Ort, insbesondere nach Sidney, völlig gerechtfertigt sei, mindestens nicht unter ihre Verantwortlichkeit falle, aus der obigen Ausführung zur Appellation der Kläger (unter I. 2. b.) von selbst. Wenn sie aber außerdem geltend machen, die Kläger hätten mit den Hauptschuldnern selbst zum Austrag zu bringen ob dieselben zur Weitersendung der Waaren befugt gewesen seien, oder nicht, so bedarf dies keiner Widerlegung, da die Entscheidung über den Umfang der durch die Bürgschaft-Urkunde übernommenen Pflichten hievon nicht abhängen kann. Wenn endlich die Beklagten sich darauf berufen, die Kläger hätten nach der ersten ihnen über die Sendung nach Sidney gemachten Mittheilung keinen Widerspruch erhoben, so ist von selbst klar, daß hierin eine Einwilligung oder ein Verzicht auf die Folgen der Verspätung nicht gefunden werden kann. Gleich grundlos war, wie schon oben (zu I. 2. b.) hervorgehoben wurde, das eventuelle Verlangen einer andern Vertheilung der Beweislast.

Eine Modification des Beweissatzes mußte dagegen auch zu Gunsten der Beklagten eintreten. Daß nämlich die hier fraglichen Waaren nach S i d n e y gesendet gewesen, und von d a zurückgelangt seien, steht zur Zeit so wenig den Beklagten als den Klägern gegenüber fest. Nach den zu den Acten gekommenen Mittheilungen von Bach & Aroné — Auszug eines Briefes an die Beklagten vom 18. Februar 1851 und Brief an die Kläger vom 15. October 1851 — verglichen mit der Anzeige der Beklagten an den klägerischen Mandatar vom 3. Mai 1852, mußte die Vermuthung entstehen, daß in der fraglichen Kiste Waaren enthalten sein sollten, welche, als die

Rücklieferungsordre zu Shanghai eintraf, in Hongkong oder einem andern Platze von China lagerten; und in der Exceptionshandlung haben sich auch die Beklagten nur hierauf und allgemein auf den Umstand, daß Bach & Aroné die consignirten Waaren nach verschiedenen Plätzen „der dortigen Gewässer" vertheilt gehabt hätten, berufen. In der Duplik äußerten sie nun freilich (pag. 34), „ihrer Ansicht nach" sei in der Kiste der Rest der Waaren, nämlich die nach Sidney gesandten Waaren, enthalten gewesen. Es kann indessen weder in dieser Aeußerung, noch auch darin, daß die Beklagten in ihren Schriften jetziger Instanz die obergerichtliche Annahme, die fragliche Kiste enthalte nach Sidney versandte Waaren, bei ihren Argumentationen zu Grunde legen, eine Zurücknahme der excipiendo aufgestellten Behauptung gefunden werden. Es läßt sich daher nur annehmen, daß die Beklagten, selbst unsicher darüber, wo die fraglichen Waaren beim Eintreffen der Rücklieferungsordre in Shanghai sich befanden, sowohl die Lagerung an einem Platze China's als die mögliche Lagerung in Sidney für sich haben geltend machen wollen. Es mußte ihnen daher jenes erstere Alternativ mit zum Beweise verstellt werden. Von der Fassung des Beweissatzes gilt dabei im Uebrigen dasselbe, wie von der auf die Lagerung in Sidney bezüglichen Alternative; nur bedurfte es hier keiner Nachweisung der Befugniß von Bach & Aroné zur Versendung der Waaren nach einem andern Platze in China, da diese Befugniß von den Klägern selbst (vergl. pag. 49 des Protocolls) gar nicht bestritten worden ist.

Ein formelles Bedenken stand übrigens, wenn gleich die Beklagten keinen speciellen Antrag in dieser Richtung gestellt haben, der gedachten Erweiterung des Beweissatzes nicht entgegen, da dieselbe in dem Verlangen, von einem die Waarensendung nach Sidney rechtfertigenden Beweise ganz befreit zu werden, als ein minus mit begriffen ist.

C) Wenn die Beklagten in ihrem Appellationslibell schließlich eine Editionspflicht in Beziehung auf ihre Correspondenz mit Bach & Aroné abzulehnen versucht haben, so braucht

hierauf nicht eingegangen zu werden, da sie gegen den desfallsigen Vorbehalt im obergerichtlichen Erkenntniß nur eine Verwahrung angebracht haben, hierdurch aber die Aufstellung einer Beschwerde nicht ersetzt werden kann.

D) Da die beiderseitigen Appellationen theilweise begründet gefunden, theilweise verworfen worden sind, so waren die Kosten jetziger Instanz zu compensiren.

№ 29.

In Sachen **B. A. Dehn & Melchior** (Anwald **Dr. J. Wolffson**) Kläger, contra **L. Simmonds** (Anwald **Dr. H. A. Feldmann**), Beklagten.

A. Rechtsfall:

Der Beklagte hatte den Klägern gegen Vorschuß von 45 pCt. des Facturawerthes eine Parthei fertiger Kleider übergeben, um diese an das Haus Melchior & Co. in Melbourne zu consigniren; der Verkauf deckte aber den Vorschuß nicht und die Kläger verlangten nun von dem Beklagten Zurückerstattung des Minderertrages mit Bco.℔ 1302. 13 ß. Der Beklagte focht die Abrechnung des Melbourne-Hauses an und will überhaupt nichts mit diesem, sondern nur mit den hiesigen Klägern zu thun haben. Die Facturapreise der Consignation seien die Einkaufspreise der Waaren mit Aufschlag von 10 pCt. für die Fabrikation der Kleider. Dies hätten die Kläger gewußt und mit den Facturapreisen habe er sie limitirt, indem er ihnen erklärt habe, daß er, ohne Schaden zu haben, einen geringern Preis nicht machen dürfe. Hätten die Kläger billiger verkauft, so wäre von ihnen nicht die Diligenz beobachtet worden, welche sie als Mandatare ihm schuldig seien und wären sie ihm für den Minderertrag unterhalb der Facturapreise verantwortlich, um so mehr, als der Verkauf in öffentlicher Auction gleich nach Ankunft der Waare geschehen zu sein scheine; jedenfalls müßten sich die Kläger darüber ausweisen, ob der öffentliche Verkauf nothwendig gewesen und unter welchen Verhältnissen derselbe geschehen sei.

In der Widerklage verlangte Beklagter die Differenz zwischen seiner Factura und der Abrechnung. Die Kläger erklärten von einem Limitum nichts zu wissen; sie hätten wie gewöhnlich den Vorschuß gegeben und Melchior & Co. seien die Consignataire gewesen. Von ihnen sei nicht der ganze Vorschuß als Ertrag der Waare bei ihnen eingegangen, weshalb der Beklagte für den Rest aufkommen müßte. Sie könnten nicht mehr thun, als dem Beklagten ihre Rechte an das Melbourne-Haus, dem keine Pflichtwidrigkeit zu Last zu legen sei, cediren.

B. Rechtssätze.

1) Im Allgemeinen ist der Commissionair, wie jeder andere Mandatar, verbunden, das übernommene Geschäft bis zu Ende zu führen, falls nicht besondere Umstände ihn ausnahmsweise von dieser Pflicht befreien.

2) Ein Commissionair, der für einen Andern Waare consignirt, hat alles dasjenige auszuführen, was ordentlicher Weise Jemand, der für eigene Rechnung consignirt als diligens pater familias auszuführen sich veranlaßt gesehen haben würde.

3) Derselbe hat dann, wenn ihm formell ungenügende oder dem Resultat nach höchst auffallende Verkaufsrechnungen von seinem Consignatair zukommen, gegen denselben auf genügende Auskunft über die nähern Umstände des Verkaufes und über die Ursachen des ungünstigen Resultates zu dringen und jede anwendbare Diligenz aufzubieten, um den Consignatair zum ordnungsmäßigen Verfahren zu bewegen.

4) Im Verhältnisse zwischen dem Committenten und dem Commissionair bildet für den Fall, wenn der Letztere die ordnungsmäßige Erledigung des Geschäfts insofern verhindert oder vereitelt, daß die betreffende Waare gegen Vorschrift verkauft, oder daß dem Committenten die gehörige Rechnungsablegung vorenthalten wird, diejenige Schätzung die Grundlage der Interessenforderung, welche bei den Verhandlungen unter den Contrahenten, in Betreff der Waare von dem Committenten ausgegangen ist.

5) Dem Commissionair ist auf sein Verlangen der Beweis nachzulassen, daß der Committent bei Zugrundelegung jener Evaluation zu seinem, des Commissionairs, Nachtheil bereichert werden würde.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (zweite Kammer) vom 24. November 1855.

Da, selbst wenn das Handlungshaus in Melbourne, an welches die fraglichen Waaren consignirt worden, dem Beklagten anfänglich nicht genannt sein sollte, die Kläger doch der Natur der Sache nach immer nur als Commissionaire zur überseeischen Versendung der Waaren unter ihrseitigem Vorschuß, nicht aber selbst als Consignataire zu betrachten sind,

da die Kläger hienach das vom Beklagten monirte Verfahren der Firma Melchior & Co. in Melbourne bei Realisirung der consignirten Waaren dem Beklagten gegenüber an und für sich nicht zu vertreten haben, vielmehr — sofern sie nicht durch eigenes ordrewidriges Verfahren sich verantwortlich gemacht — unzweifelhaft berechtigt sind, die Erstattung ihres geleisteten Vorschusses, nachdem die Waaren, ohne denselben völlig zu decken, realisirt worden, jetzt von dem Beklagten zu beanspruchen,

da es bei dieser Sachlage nur darauf ankommt, ob die Kläger die in der ihnen übergebenen Factura angesetzten Preise als Limitum betrachten und demgemäß das überseeische Haus instruiren mußten, nun aber eine wirkliche feste Limitirung der Waaren in denjenigen Aeußerungen, welche der Beklagte bei den Verhandlungen über das Geschäft gethan haben will durchaus nicht gefunden werden kann, wie es denn auch mindestens als zweifelhaft betrachtet werden muß, ob die Kläger, welche einen Vorschuß von 45 pCt. des Facturawerths auf die Sendung gegeben haben, überall auf das Geschäft eingegangen sein würden, falls der Beklagte wirklich ein Limit vorgeschrieben hätte:

daß der Beklagte schuldig sei, die libellirten Bco.ℳ 1302. 13/ß sammt den ferneren Zinsen vom 24sten dieses Monats an und den Prozeßkosten den Klägern innerhalb 8 Tage sub poena executionis zu bezahlen,

die letzteren aber dem Beklagten auf Verlangen wegen der in Rede stehenden Sendung jura cessa gegen Melchior und Co. in Melbourne zu ertheilen haben.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 7. März 1856.
(Auf beklagtische Appellation.)

Da nach rechtlicher Lage der Sache das, auf Justification der Verkaufsrechnung gerichtete beklagtische Verlangen auch für den Fall, daß die Kläger nur als Commissionaire zur überseeischen Versendung der Waare unter ihrseitigem Vorschusse, nicht aber selbst als Consignataire zu betrachten sind, in so weit für begründet erachtet werden muß, daß die Kläger zur Herbeiführung solcher Justification ihre Thätigkeit bona fide für den Beklagten aufzuwenden haben;

die Frage aber, ob das hiesige Haus für solche Justification persönlich aufzukommen habe, und für eine etwanige Vernachlässigung der beklagtischen Interessen bei dem Verkaufe der Waaren in Melbourne Seitens des dortigen Hauses persönlich zu beanspruchen sein würde, davon abhängig erscheint, ob das Haus Melchior & Co. in Melbourne von den Inhabern der hiesigen Firma Dehn & Melchior oder unter deren Verantwortlichkeit betrieben wird, oder die hiesige Firma bei den Geschäften des überseeischen Hauses an Gewinn und Verlust betheiligt ist;

da übrigens das desfalls einzuleitende Justifications- und Beweis-Verfahren die Verpflichtung des Beklagten zur einstweiligen Erstattung des durch den Verkauf der Waaren ungedeckt gebliebenen Theils des, klägerischer Seits auf die Waaren geleisteten Vorschusses nicht aufheben, sondern solche Verpflichtung nur dahin modificiren kann, daß die Zahlung gegen Sicherheitsbestelluug stattfindet;

daß, unter Verwerfung der übrigen Beschwerden, das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 24. November vor. Jahres dahin abzuändern ist:

daß der Beklagte schuldig ist, die libellirten Bco.ℳ 1302.13 ß gegen klägerischer Seits mittelst suffisanter selbstschuldiger Bürgschaft zu beschaffende Caution bis zu solchem Belaufe innerhalb acht Tagen sub

poena executionis zu bezahlen, in Entstehung solcher Caution aber sub poena executionis ad deponendum ad depositum judiciale zu bringen.

übrigens aber die Kläger innerhalb sechs Monaten die beklagtischer Seits verlangte Justification der Verkaufsrechnung, dem Beklagten Gegenbeweis et quaevis competentia vorbehältlich, zu beschaffen, oder doch nachzuweisen haben, daß und welche Schritte sie zur Herbeischaffung solcher Justification gethan haben, unter dem Praejudize ihrseitiger Verhaftung für den Facturenbelauf;

dem Beklagten aber in demselben Termine anticipatione salva, und vorbehältlich des Gegenbeweises für die Kläger, der Beweis nachzulassen ist:

daß das Haus Melchior & Co. in Melbourne von den Inhabern der hiesigen Firma B. A. Dehn & Melchior oder unter deren Verantwortlichkeit betrieben wird (wobei für den Fall, daß dies nicht rücksichtlich sämmtlicher Inhaber der respectiven Firmen der Fall sein sollte, beiden Theilen Gerechtsame vorbehalten bleiben) oder daß die hiesige Firma bei den Geschäften des überseeischen Hauses an Gewinn und Verlust betheiligt sei.

Und ist die Sache solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, nebst den wieder zu versiegelnden Acten, zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 15. November 1856.

(Auf klägerische Appellation) ein Consignationsgeschäft betreffend.

Daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst, das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 7. März 1856, wie hiemit geschieht, zwar im Uebrigen zu bestätigen, aber

dahin abzuändern sei, daß der letzte Satz des dem Beklagten in selbigem nachgelassenen Beweises, dahin lautend:

daß die hiesige klägerische Firma bei den Geschäften des überseeischen Hauses an Gewinn und Verlust betheiligt sei, in Wegfall zu bringen.

Und wird die Sache, unter Compensation der Kosten gegenwärtiger Instanz, so weit noch nicht darüber erkannt worden, zu einer Hälfte, und Condemnation der Appellanten in die andere Hälfte, zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen, und dem Beklagten aufgegeben, seine Armuthsbehauptung innerhalb vier Wochen durch Einlieferung eines Armuthszeugnisses nach Vorschrift des § 112 der Gerichtsordnung zu bescheinigen, widrigenfalls mit Einziehung der Kosten gegen ihn verfahren werden wird.

Entscheidungsgründe.

Nachdem das Handelsgericht die Kläger — abgesehen von dem an den Beklagten geleisteten Vorschuß, über welchen Gegenstand kein Streit mehr unter den Partheien besteht — als bloße Commissionaire des Beklagten zum Zwecke der überseeischen Versendung der beklagtischen Waare behandelt, und insofern der Letztere Ansprüche auf nähere Belegung und Rechtfertigung der ihm zugekommenen Verkaufsrechnnung geltend machen zu dürfen glaubt, die Kläger nur zur Ertheilung von jura cessa gegen die Consignataire Melchior & Co. in Melbourne für verpflichtet erklärt hat, ist das Obergericht von der folgenden Auffassung ausgegangen. Es erachtet die Kläger selbst für den Fall, daß sie nur Commissionaire behufs der überseeischen Consignirung der betreffenden Waare sein sollten, für verbunden, die Herbeiführung der in Rede stehenden Justification durch ihrseitige Thätigkeit soweit wie thunlich zu bewirken; allein es geht noch weiter und nimmt an, daß, wenn zwischen den Klägern und dem genannten überseeischen Hause diejenige nähere Verbindung bestehen sollte, auf welche die in der sententia a qua angegebenen Beweissätze sich beziehen,

dann das zwischen den Partheien eingegangene Verhältniß so aufgefaßt werden müsse, daß die Kläger mehr als bloße Consignationsvermittler gewesen und zwar dem Beklagten für die gehörige Ausführung der Consignation und die hieraus hervorgehenden ferneren Verbindlichkeiten persönlich verantwortlich seien.

Im Wesentlichen war dem Obergerichte hierin beizustimmen und nur in Betreff der Beweissätze war eine Abänderung zu treffen.

Was nämlich ad Gravamen principale der Kläger

sub I) den ersten der oben erwähnten Punkte anlangt, so findet die obergerichtliche Auffassung ihre Rechtfertigung darin, daß

a) im Allgemeinen der Commissionair, wie jeder andere Mandatar, das übernommene Geschäft bis zum Ende zu führen verbunden ist, falls nicht besondere Umstände ihn ausnahmsweise von dieser Pflicht befreien, und daß es

b) nach der Natur des von den Klägern hier übernommenen Auftrages zu dessen völliger Ausführung gehört, Fürsorge auch für eine genügende Auskunftsertheilung über den Verkauf, so wie für die von dem auswärtigen Hause zu beschaffende Justification der Verkaufsrechnung zu tragen.

Der

sub a) berührte allgemeine Satz ergiebt sich schon von selbst aus der Contracts-Natur des Mandates, doch ist es auch in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt:

L. 27 § 2 Dig. mandati 17, 1,

§ 11 J. de mandato 3, 27,

(L. 22 § 11 L. 23, 24, 25 Dig. h. t.),

und von den Voraussetzungen, unter welchen zufolge der vorbemerkten Bestimmungen ein Mandatar sich ausnahmsweise der völligen Ausführung des betreffenden Geschäfts entheben darf, ist hier keine vorhanden.

Anlangend sodann

ad b) die Natur der im vorliegenden Falle von Seiten der Kläger übernommenen Besorgung, so ist es ohne Zweifel

unrichtig, daß dieselben, wie sie behaupten, nichts weiter zu thun gehabt hätten, als die Waare zu expediren, den Consignatairen zu Melbourne die erforderlichen Instructionen zugängig zu machen, und, nach Eingang der Verkaufsberechnung und deren Provenue selbige dem Beklagten zuzustellen, ohne sich weiter um das Ausreichende und die Statthaftigkeit der Abrechnung, so wie des sonstigen Verfahrens des überseeischen Hauses kümmern, und ohne, wenn selbige ungenügend erschienen, auf Beseitigung der Mängel hinwirken zu müssen. Unbedenklich darf man annehmen, daß ein Commissionair in derjenigen Stellung, in welcher sich hier die Kläger befunden haben, alles dasjenige auszuführen hat, was ordentlicher Weise Jemand, der für eigene Rechnung consignirt, als diligens pater familias auszuführen sich veranlaßt gesehen haben würde. Nun wird sich kein Consignant, wenn ihm formell ungenügende oder dem Resultate nach höchst auffallende Verkaufsabrechnungen von seinem Consignatair zukommen, passiv verhalten, er wird vielmehr gegen den Consignatair auf genügende Auskunft über die näheren Umstände des Verkaufes und über die Ursachen des ungünstigen Resultates dringen, und jede anwendbare Diligenz aufbieten, um den Consignatair zum ordnungsmäßigen Verfahren zu bewegen. Wenn nun zufolge des Obigen ein Gleiches derjenige Consignant, welcher bei der Consignirung ein fremdes Interesse als Commissionair vertritt, schon im gewöhnlichen Falle zu leisten hat, so muß dies vollends hier von den Klägern im Verhältnisse zu dem Beklagten geschehen. Der Beklagte, ein Kleiderhändler und mit dem Großhandel und überseeischen Geschäfte nicht vertraut, bedurfte und bedarf für die Leitung der Unternehmung, für die Correspondenz, und so weiter, einer mercantilischen Beihülfe, und diese würde ihm gerade zu der Zeit entzogen werden, wenn er ihrer am Meisten bedürfte, falls der zugezogene Dirigent des Geschäftes sich dann zurückzöge, und zurückziehen dürfte, wenn das überseeische Haus den ihm als sorgfältigem Consignatair obliegenden Verbindlichkeiten nicht nachkäme.

Wenn somit der obergerichtlichen Auffassung in Betreff des vorstehenden Punctes im Allgemeinen beizutreten war, so kam es nur noch auf die Erwägung der Frage an, ob das von dem Obergerichte für den Fall, daß die Kläger weder die Justification der Verkaufrechnung herbeischaffen, noch auch sich darüber ausweisen sollten, daß sie zur Erlangung derselben pflichtmäßige Diligenz gewissenhaft, wenn gleich erfolglos, aufgewendet hätten, bestimmte Präjudiz „der Verhaftung für den Facturabelauf" gerechtfertigt erscheine. Dies mußte den vorliegenden Umständen nach bejahet werden. Im Verhältnisse zwischen dem Committenten und dem Commissionair bildet nämlich für den Fall, wenn der Letztere die ordnungsmäßige Erledigung des Geschäftes insofern verhindert oder vereitelt, daß die betreffende Waare gegen Vorschrift verkauft, oder daß dem Committenten die gehörige Rechnungsablegung vorenthalten wird, diejenige Schätzung die Grundlage der Interesse-Forderung, welche bei den Verhandlungen unter den Contrahenten, in Betreff der Waare von dem Committenten ausgegangen ist. Und wenn auch dem Commissionair auf desfallsiges Verlangen der Beweis nachzulassen ist, daß der Committent bei Zugrundelegung jener Evaluation zu seinem, des Commissionairs, Nachtheil bereichert werden würde, so bedarf es doch, um hierauf zu erkennen, besonderer Anträge, von welchen hier Nichts vorliegt.

Anlangend ad Gravamen principale

sub II, den zweiten der hier in Betracht zu ziehenden Puncte, so kommt es bei demselben auf die von den Klägern berührten allgemeinen Grundsätze darüber, unter welchen Voraussetzungen Theilhaber bestehender Firmen für deren Verbindlichkeiten persönlich in Anspruch genommen werden dürfen, wenigstens zunächst, nicht an. Dieser Punct würde erst dann in Betracht kommen, wenn der obergerichtlichen Auffassung nicht beizutreten sein sollte, daß Verbindungen des klägerischen Hauses mit der Firma Melchior & Co. in Melbourne, wie solche zum Gegenstande der beklagtischen Beweisführung gemacht worden sind, die Wirkung hätten, die Kläger ohne

Weiteres aus dem ursprünglichen Geschäfte dem Beklagten persönlich obligirt erscheinen zu lassen. Dies mußte nun aber — nur mit einer sogleich zu erwähnenden Beschränkung — angenommen werden. Wenn nämlich die beiden Firmen B. A. Dehn & Melchior in Hamburg und Melchior & Co. in Melbourne durch dieselben Personen gebildet werden sollten, so daß die Verschiedenheit der beiden Etablissements nur eine locale und äußerliche sein würde, während der Sache nach die Geschäfte beider Firmen gleichmäßig dieselben Personen betheiligten, so wie in dem anderen Falle, wenn, ohne diese Identität der Inhaber, das in Melbourne bestehende Haus eine Factorei des Hamburgischen Hauses sein und als Institor unter der Verantwortlichkeit des Letzteren stehen sollte, so würde das unter den Partheien geschlossene Geschäft nicht anders aufgefaßt werden können, als daß die Kläger, dem Beklagten gegenüber persönlich für alle gegen ihn aus der Consignation zu erfüllende Verbindlichkeiten aufzukommen hätten. Wenn ungeachtet des Bestehens derartiger Verhältnisse die Kläger jenes Geschäft, so wie sie es im Prozesse versucht haben, deuteten, so würden sie sich einer Verletzung der contractlichen bona fides schuldig machen, welche ihnen nicht gestattet werden darf.

Nicht ein Gleiches würde dann vorliegen, wenn nur die dem letzten der vom Obergerichte formulirten Beweissätze zu Grunde liegende Annahme in Betracht kommen sollte. Denn einer bloßen, vielleicht sogar unerheblichen Betheiligung der Hamburgischen Firma an dem Gewinne und Verlust des zu Melbourne bestehenden Etablissements würde nicht diejenige Wirkung auf die Auslegung des in Rede stehenden Contractes beigelegt werden können, welche zufolge des Obigen als eine Folge der Identität der Theilhaber oder der Factor-Qualität des Melbourne-Hauses angesehen werden muß, und der vorgedachte letzte Theil des vom Obergerichte normirten Beweissatzes war somit in Wegfall zu bringen.

Wenn die Kläger gegen jede Nachlassung eines Beweises in irgend einer der angegebenen Richtungen an den Beklagten

einwenden, letzterer habe es an den hiebei vorauszusetzenden factischen Behauptungen fehlen lassen, so ist dies unrichtig. Der Beklagte hat bei allen seinen Ausführungen geltend gemacht, daß er allein mit der klägerischen Firma in rechtlichem Nexus stehe, und daß dagegen die Firma Melchior & Co. nur als von der ersteren abhängig in Beziehung auf das vorliegende Geschäft betrachtet werden könne. Insbesondere hat er wiederholend angeführt, daß die Kläger das Melbourne-Etablissement als „ihr Haus" ihm gegenüber bezeichnet hätten, worin, wenn dies geschehen sein sollte, unter den vorliegenden Umständen schon allein eine genügende Erklärung der Kläger, daß sie die persönliche Verantwortlichkeit für die Handlungen oder Unterlassungen des Melbourne-Hauses zu tragen hätten, liegen würde, so daß der Beweis der vorgedachten Behauptung genügen müßte, um der dem Beklagten gemachten Auflage zu entsprechen.

Durch das Vorstehende erledigt sich zugleich die erste der eventuellen Beschwerden der Kläger, so daß es nur noch auf die zweite derselben ankommt, daß nicht die Folgen, welche aus der in Rede stehenden klägerischen Verantwortlichkeit sich ergeben würden, bestimmt angegeben worden seien. Die Kläger bezeichnen es als ungewiß, ob sie im Falle eines Gelingens der beklagtischen Beweisführung abgewiesen oder zur Justification der Verkaufrechnungen verpflichtet werden sollten, und worin eventuell die Justification zu bestehen haben würde. Nun ergiebt es sich ohne Weiteres aus der Sachlage, daß die Kläger, wenn der Beklagte der ihm gemachten Beweisauflage entsprechen sollte, sowohl die Justification der Verkaufrechnung herbeizuschaffen haben, als auch für den dem Beklagten etwa noch zukommenden Belauf verantwortlich sein werden. Was ferner, als eine genügende Justification anzusehen sein werde, ist bis jetzt nicht entschieden und wird eventuell von der richterlichen Beurtheilung abhängen. Vorläufig genügt es, daß im Allgemeinen die „beklagtischerseits verlangte Justification der Verkaufrechnung" vom Obergerichte als Grundlage bezeichnet worden ist, von welcher mithin auszugehen sein

wird. Es bedarf mithin eines näheren Eingehens auf diesen Gegenstand für jetzt nicht.

Die Kosten der vorigen Instanz mußten selbstverständlich compensirt bleiben. Von einer gänzlichen Compensation der Kosten gegenwärtiger Instanz war dagegen abzusehen, weil die klägerische Appellation im Wesentlichen der Sache grundlos erschien, und nur in einem einzelnen Puncte, welchem, den Umständen nach, nur eine untergeordnete Bedeutung beizulegen ist, zu reformiren war. Deshalb wurde so, wie im Urtheile geschehen, in Betreff der Kosten gesprochen.

№ 30.

In Sachen Herrn **Dr. D. H. Jacobi** als cur. perp. des **Franz Heinrich Lüneburg,** Klägers (Anwald **Dr. H. A. Feldmann**) contra Herren **R. B. Swaine & Co.** als Bevollmächtigte der Royal Exchange Assurance Corporation in London, Beklagte. (Anwald **Dr. O. Schroeder.**)

A. Rechtsfall:

Der Kläger verlangte von den Beklagten, derselbe solle einen Schiedsrichter ernennen zum Zweck der Regulirung der Schadensforderung des F. H. Lüneburg, in Gemäßheit Art. 12 Abschn. II. der Police, unter der Anzeige, daß er seinerseits den Hausmakler Strokark dazu gewählt. Der Art. 12 lautete: „Wenn bei Regulirung einer Forderung der Versicherte und Versicherer sich nicht einigen können, so wie auch in Fällen, wo über den Belauf des Schadens keine Gewißheit oder Ueberzeugung zu erlangen, so soll dies durch Schiedsrichter entschieden werden."

Die Beklagten behaupteten, die Sache eigne sich nicht zum Schiedsurtheile, denn er werde die Einrede der wissentlichen Uebersetzung der Schadensforderung (wonach die ganze Police ungültig sei) opponiren, und beantrage er deshalb Beibringung der Untersuchungsacten. Der Kläger führte dagegen an, daß das in der Untersuchungssache ergangene Erkenntniß den Lüneburg freigesprochen, er also fundatam intentionem habe. Nach einer vom Gerichte verfügten, aber fruchtlos abgehaltenen Commission erkannte selbiges wie folgt.

B. Rechtssätze:

1) Es ist den Schiedsmännern unbenommen, wegen relevanter factischer Momente, welche nach ihrer Ansicht nicht ohne ein förmliches Beweisverfahren zur erforderlichen Liquidität gebracht werden können, die Partheien zur einstweiligen gerichtlichen Procedur zu verweisen.
2) Bei Interpretation von Rechtsgeschäften sind die von den Partheien gebrauchten Worte immer in dem Sinne aufzufassen, in dem sie gewöhnlich gebraucht werden.
3) Streitigkeiten über „Regulirung einer Forderung" begreifen bei Assecuranzen ganz generell alle Fälle, wo es sich von der Größe des zu leistenden Ersatzes handelt.
4) In zweifelhaften Fällen muß der Sinn als die wahre Meinung der Contrahenten ausdrückend den Vorzug haben, qui rei gerendae aptior est, das heißt, welcher mehr als ein anderer dem Zwecke und der Natur des Geschäfts entspricht.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 29. November 1855.

Da die beklagtische Einwendung, daß die in den Versicherungs-Bedingungen (Anlage 2) sub 12 Al. 11 enthaltene compromissarische Bestimmung dann — wenigstens zunächst — nicht zur Anwendung komme, wenn von Seiten der beklagten Versicherungs-Gesellschaft behauptet wird, daß der daselbst im zehnten Alinea bedachte Fall vorliege, in dem Wortlaute der erwähnten compromissarischen Bestimmung keinen wirklichen Stützpunct findet,

auch zu einer solchen restrictiven Interpretation, bei welcher die unverkennbar bezweckte schleunige Erledigung der Schadens-Reclamationen stets beklagtischerseits behindert werden könnte, um so weniger Veranlassung vorliegt, als ja selbstverständlich den Schiedsmännern unbenommen ist, wegen relevanter factischer Momente, welche nach ihrer Ansicht nicht ohne ein förmliches Beweisverfahren zur erforderlichen Liquidität gebracht werden können, die Partheien zur einstweiligen gerichtlichen Procedur zu verweisen,

daß Beklagte innerhalb acht Tage sub poena 10 Thaler wegen der in Rede stehenden klägerischen Reclamation einen ihrseitigen geeigneten Schiedsmann dem cur. noie Kläger zu denominiren, auch demselben die Kosten des bisherigen Verfahrens, einschließlich derer des Commissions-Termins, sub poena executionis zu ersetzen schuldig.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 14. Januar 1856.
(Auf beklagtische Appellation).

Da die im Absatz 11 des § 12 der Bedingungen festgestellte Entscheidung durch Schiedsrichter sich nur auf solche Fälle bezieht, in welchen bei anerkannter Schadenspflicht des Versicherers über das Quantum der Schadensforderung Streit ist:

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 29sten November vorigen Jahres wieder aufzuheben und cur. noie Kläger zu verpflichten sei, sich auf das beklagtische Vorbringen hauptsächlich einzulassen.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und wird die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht remittirt.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 6. December 1856.
(Auf beiderseitige Appellation) eine Assecuranz-Forderung, jetzt die Zulässigkeit schiedsrichterlichen Verfahrens betreffend.

Daß die Förmlichkeiten der beiderseitigen Appellation für gewahrt zu achten, und in der Sache selbst das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 14. Januar dieses Jahres, wie hiemit geschieht, unter Verwerfung der klägerischen Beschwerde, auf Grund der Appellation der Beklagten dahin abzuändern, daß der

Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz, mit seinem Klagantrage abzuweisen sei.

Die Kosten dieser Instanz sind zur einen Hälfte zu compensiren, zur andern dagegen vom Kläger den Beklagten zu erstatten; und wird die Sache nunmehr an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Soviel

I) die Appellation des Klägers betrifft, so war dieselbe als unbegründet zu verwerfen, und mit dem Obergerichte anzunehmen, daß die Bestimmung des Art. 12, Abs. 11 der Bedingungen der beklagten Corporation, welcher durch den Abschluß der Versicherung auf Grund dieser Bedingungen zu einem pactum de compromittendo geworden ist, auf einen Fall, wie der vorliegende, wo die Beklagten wegen angeblichen Betrugs des Versicherten die Assecuranz als nichtig anfechten, nicht zu beziehen ist.

A) Entscheidend hiefür ist schon der Wortlaut dieser Bestimmung.

1) Wäre es die Absicht der beklagten Corporation gewesen, alle Streitigkeiten mit ihren Versicherten ohne Ausnahme der gerichtlichen Cognition zu entziehen und einer schiedsrichterlichen Entscheidung zu unterwerfen, so wäre nichts einfacher gewesen, als dies ganz allgemein auszusprechen, was aber nicht geschehen.

2) Der Ausdruck: „wenn bei Regulirung einer Forderung der Versicherte und diese Corporation sich nicht einigen können," setzt offenbar den Fall voraus, wo das Recht, Schadensersatz zu fordern, an sich anerkannt ist, und es sich nur von einer Differenz über den Betrag des zu Ersetzenden handelt. Bei Interpretation von Rechtsgeschäften sind die von den Partheien gebrauchten Worte immer in dem Sinne aufzufassen, in dem sie gewöhnlich gebraucht werden. Nun aber pflegt man die Entscheidung darüber, ob Jemand überall Etwas zu fordern, ob er namentlich wegen geübten dolus

nicht jedes Forderungsrecht verloren habe, doch nicht mit dem Ausdrucke zu bezeichnen: „eine Forderung reguliren,“ der vielmehr ganz entschieden nur von der näheren Bestimmung einer an sich anerkannten Forderung gebraucht wird.

Daß er in diesem natürlichen und gewöhnlichen Sinne auch hier gebraucht ist und nichts anderes bezeichnen soll, als was in der ähnlichen Bestimmung der vom Kläger in dieser Instanz beigebrachten Bedingungen zweier anderer Compagnien, der der „Times“ und der „Anchor Assurance Company“ durch „Regulirung einer Schadensrechnung“ ausgedrückt ist, daß er dagegen nicht ungewöhnlicher Weise auch hat besagen sollen: Untersuchung, ob eine Forderung überall bestehe, geht nun aber überdies

3) ganz unzweifelhaft hervor aus dem Zusatze:

„sowie auch in Fällen, wo über den Belauf des Schadens keine Gewißheit oder Ueberzeugung zu erlangen ist.“

Wären in dem Ausdruck Uneinigkeit über „Regulirung einer Forderung“ auch alle Fälle begriffen, wo die Versicherer jede Ersatzpflicht verweigern, so wäre dieser Zusatz, besonders wenn man mit dem Kläger ihn so auffaßt, daß darunter gerade die gewöhnlichen Fälle einer näheren Bestimmung des Quantums der Forderung verstanden seien, ein ganz überflüssiger und jedenfalls höchst auffallender. Keins von Beiden ist dagegen der Fall, wenn man den Ausdruck „Regulirung einer Forderung“ in seiner natürlichen Bedeutung und zugleich den durch „auch“ angeknüpften Zusatz in dem richtigen Sinne versteht.

Streitigkeiten über „Regulirung“ einer Forderung begreifen bei Assecuranzen ganz generell alle Fälle, wo es sich von der Größe des zu leistenden Ersatzes handelt. In den gewöhnlichen Fällen nun ist der Versicherte im Stande, über den Belauf des Schadens, d. h. über die Gegenstände, welche zur Zeit der Feuersbrunst in dem betreffenden Locale waren und verbrannt sind, durch seine Bücher oder auf andere Weise einen Beweis oder doch mindestens eine Bescheinigung beizubringen. Nicht selten aber ereignet es sich, daß auch die

Bücher und andere Beweismittel mit verbrennen, so daß, wenn auch ein eingetretener Schaden an sich nicht zu bezweifeln steht, doch über den eigentlichen Belauf des Schadens, d. h. des wirklich verbrannten, keine auch nur annähernde Gewißheit zu verschaffen ist. Solche Fälle nun sind es, welche der Zusatz im Auge hat, und da es zweifelhaft erscheinen konnte, ob der Ausdruck „Regulirung einer Forderung" auch diese befasse, so war es passend, den Eintritt der schiedsrichterlichen Entscheidung ausdrücklich auf diese Fälle zu erstrecken.

B) Wäre aber auch der Wortlaut der Bestimmung für ein zweifelhafter zu erachten, und also die wahrscheinliche Absicht bei Feststellung derselben in Betracht zu ziehen, so würde dennoch der obergerichtlichen Auffassung derselben beigetreten werden müssen.

1) Ob deswegen, weil hier ein pactum de compromittendo vorliege, ein solches aber, weil eine Ausnahme von der Regel begründend, daß alle Streitigkeiten zur Entscheidung an die vom Staate dazu angeordneten Gerichte zu bringen seien, im engeren Sinne interpretirt werden müsse, kann unentschieden bleiben.

Entscheidend dagegen ist hier

2) die Regel, wonach bei zweifelhaften Worten der Sinn als die wahre Meinung der Contrahenten ausdrückend, den Vorzug haben soll, qui rei gerendae aptior est

L. 67 D. de R. J.,

d. h. welcher mehr als ein anderer dem Zwecke und der Natur des Geschäfts entspricht. Denn mag es auch nach der fraglichen Bestimmung den Partheien freistehen, in einem einzelnen Falle nicht bloß sachverständige Laien, sondern auch Rechtsgelehrte zu Schiedsrichtern zu wählen, jedenfalls läßt sich nicht verkennen, daß in allen Fällen, wo es sich nicht bloß um Prüfung einer Schadensrechnung in quali et quanto und um Ermittelung des wahren Belaufs eines eingetretenen, aber seinem Umfange nach nicht zu erweisenden Schadens handelt, und namentlich dann, wenn es sich fragt, ob ein

angeblicher Betrug als genugsam erwiesen vorliege und dadurch die an sich begründete Klage elidirt werde, zweckmäßiger von den ordentlichen Gerichten, als von Schiedsrichtern zu entscheiden ist, indem besonders in Fällen der letzteren Art meistens ein Beweisverfahren durch Zeugen eintreten wird, auch die Benutzung der etwaigen Untersuchungs-Acten den Schiedsrichtern nicht so, wie den ordentlichen Gerichten, zu Gebote steht. Auch darf man

3) wohl annehmen, daß es schwerlich in der Absicht der Versicherer gelegen habe, mit einem Versicherten, den sie eines Betrugs bezüchtigen zu dürfen glauben, in außergerichtliche Verhandlungen wegen zu erwählender Schiedsrichter zu treten. Dagegen kann

4) der vom Handelsgerichte für seine Auslegung geltend gemachte Grund für erheblich nicht erachtet werden, da in der Regel eine Assecuranz-Gesellschaft den Einwand des Betrugs schon im eigenen Interesse nicht so leicht erheben wird, wenn sie nicht einigermaaßen dringende Indicien für letzteren glaubt annehmen zu dürfen, überdies aber die Verhandlung über einen solchen Einwand vor Schiedsrichtern die Erledigung der Schadensforderung in den meisten Fällen eben so sehr verzögern dürfte, als die vor den Gerichten.

Endlich kann es

5) auf die vom Kläger geltend gemachte Regel, daß im Zweifel gegen den qui clarius loqui debuisset, also hier gegen die beklagte Corporation, welche die Bedingungen abgefaßt, zu interpretiren sei, nicht weiter ankommen, da ganz abgesehen davon, daß sich gar nicht sagen läßt, die weitere Auslegung der fraglichen Bestimmung sei den Beklagten nachtheiliger als die engere, die obige zunächst zur Anwendung kommende Interpretationsregel für die engere Auffassung des Ausdrucks entscheidet.

Zwar hat nun

6) der Kläger einen positiven Beweis für die wohlbedachte Absicht der beklagten Corporation, ganz allgemein in allen Streitigkeiten mit den Versicherten schiedsrichterliche Entscheidung

eintreten zu lassen durch die Vergleichung mit den Bedingungen anderer, namentlich Englischen Assecuranz-Compagnieen, zu führen versucht, indem er daraus, daß die in vielen dieser Letzteren sich findende eventuelle Unterwerfung unter die Hamburgischen resp. überhaupt ausländischen Gesetze und Gerichte in denen der beklagten Corporation fehlt, den Schluß zieht, daß dieselbe mit ausländischen Gerichten überhaupt nichts zu thun haben wolle. Allein abgesehen von anderen Gründen, welche diesen Schluß als höchst bedenklich erscheinen lassen, wird die Behauptung der Beklagten, daß dies keineswegs die Intention der von ihm vertretenen Gesellschaft sei, dadurch bestätigt, daß ja in dem gegenwärtigen Falle die Beklagten sich gar nicht weigern, vor dem Hamburgischen Handelsgerichte Recht zu nehmen.

Anlangend dagegen

II) die Appellation der Beklagten, so war auf Grund des principalen Theils ihrer Beschwerde das Erkenntniß des Obergerichts dahin abzuändern, daß der Kläger, unter Verurtheilung in die Kosten erster Instanz, mit seinem Klagantrage abzuweisen sei.

A) Mit Unrecht bestreitet der Kläger die Zulässigkeit dieser Appellation, weil die Verfügung des vorigen Erkenntnisses, gegen welche sie gerichtet, nur eine prozeßleitende, also inappellable sei. Denn das ist sie keineswegs, indem das Obergericht vielmehr durch diese Verfügung zugleich den von den Beklagten bereits in voriger Instanz gestellten Antrag auf sofortige Abweisung des Klageantrags verworfen hat.

B) Die Beschwerde ist aber auch eine durchaus begründete.

Die Klage ist nämlich lediglich dahin gerichtet, die Beklagten schuldig zu erkennen, zum Behuf des compromissarischen Verfahrens ihrerseits einen Schiedsrichter zu ernennen. Erkannte nun das Obergericht, daß die Bestimmung im Art. 12 Abs. 11 der beklagtischen Bedingungen sich nur auf solche Fälle beziehe, wo bei anerkannter Schadensersatzpflicht des Versicherers, über das Quantum der Forderung Streit sei, so folgte daraus mit Nothwendigkeit, daß, da die Beklagten

erklären, wegen eines ihrer Ansicht nach von Versicherten geübten dolus keine Ersatzpflicht anerkennen zu können, der Antrag des Klägers sofort abgewiesen werden mußte; und wenn das Obergericht statt dessen den Kläger schuldig erklärt hat, sich auf das Vorbringen der Beklagten hauptsächlich einzulassen, so konnte dies für der wahren Sachlage entsprechend nicht erachtet werden.

Zwar meint der Kläger, das Obergericht habe gar nicht anders erkennen dürfen. Er geht nämlich davon aus, das bloße Anführen der Beklagten, daß sie wegen eines vom Versicherten geübten dolus überall keine Schadensersatzpflicht anerkannten, genüge jedenfalls nicht, um das schiedsrichterliche Verfahren auszuschließen, sondern es müsse erst erkannt werden, ob sie dies mit Recht thäten, ob also die Einrede des dolus begründet sei; darüber habe das Handelsgericht erst zu erkennen, und zu dem Ende sei die Sache vom Obergerichte mit Recht weiter instruirt. Hierin hat er nun insofern vollkommen Recht, als, wenn das Handelsgericht die Einrede des dolus künftig verwerfen sollte und die Partheien sich dann über den Betrag der Schadensforderung nicht sollten einigen können, alsdann das schiedsrichterliche Verfahren noch einzutreten haben wird. Allein eben zu dem Ende muß erst die Klage auf Schadensersatz beim Handelsgerichte angestellt und dadurch den Beklagten Veranlassung gegeben werden, die Einrede des dolus gehörig vorzuschützen und zu substanziiren, was zur Zeit, wie der Kläger selbst zugegeben hat,

Hand.-Ger.-Acten Nr. 5 p. 10,

noch gar nicht geschehen ist. Auch abgesehen aber von diesem letzten Umstande, wäre die Fortsetzung des jetzigen Verfahrens ganz zwecklos. Denn würde auch duplicando die Einrede des dolus näher begründet und demnächst erwiesen, so könnte das Handelsgericht, obgleich es dann materiell in der Lage wäre, den Kläger mit seiner ganzen Forderung abzuweisen, dennoch, da diese zur Zeit noch gar nicht in litem deducirt ist, immer nur auf Abweisung des Antrags auf Ernennung eines Schiedsrichters erkennen, während, wenn der gegenwärtig gestellte

Klagantrag sofort abgewiesen und dann die Hauptklage angestellt wird, Alles in Ordnung kommt, ohne dem Rechte des Klägers aus Art. 12 Abs. 11 der Bedingungen irgend zu praejudiciren.

War nun aber die Appellation des Klägers zu verwerfen, der der Beklagten dagegen statt zu geben, so folgt daraus, daß über die Kosten dieser Instanz, so wie im Urtheil geschehen, erkannt werden mußte.

№ 31 und 32.

Der letztere dieser beiden Fälle ist dem ersteren ganz analog und nur durch die Qualität der hier in Frage kommenden Waaren zum Theil unterschieden.

In Sachen R. M. Sloman jr. noie Capt. H. Visser, Schiff „John Bertram," Klägers, Wiederbeklagten (Anwald Dr. H. R. Loehr) contra J. D. Mutzenbecher Söhne, Beklagte, Wiederkläger. (Anwald Dr. O. Schröder.)

A. Rechtsfall.

Der klagende Schiffsmakler verlangte für seinen Auftraggeber die Fracht von Newyork für eine Ladung Salpeter und Holz mit Bco.₰ 3641. 12 ß. Dagegen machten die Beklagten eine Forderung von Bco.₰ 3315. 10 ß geltend, welche sie beim Handelsgerichte deponirten und die Differenz bezahlten. Das Schiff „John Bertram" habe in Boston 401 Sack Salpeter an Bord genommen, um solche hieher zu bringen, worüber die receipts in der Beklagten Händen seien und vorgelegt wurden; der Capitain habe die Zeichnung der Conossamente darüber verweigert. Der Verlader dieser Waare habe zwar in Boston versucht, den Capitain gerichtlich mittelst eines Arrestes zur Zeichnung der Conossamente zu zwingen; der Capitain sei aber heimlich davon gesegelt. Von jenen 401 Sack seien den Beklagten nur 293 Sack geliefert und dabei angezeigt worden, daß die fehlenden 108 Sack auf der Bostoner Werft verbrannt wären. Dadurch sei aber weder der Capitain außer Schuld, noch der Schaden der Art, daß die Beklagten sich deshalb an die Assecuradeure halten könnten.

Wie aus dem Schreiben des Abladers Möring und einer Aussage des Fuhrmanns, welcher die Waaren an das Schiff gebracht, hervorgehe, trage der Capitain Schuld an dem Verbrennen. Der Salpeter sei auf Aufforderung des Agenten des Schiffes am 25. und 27. April **along side** des Schiffes gebracht; um 3 Uhr Nachmittags des 27. April sei erst das Feuer auf der Bostoner Werft ausgebrochen. Der Capitain habe also die Waare zu früh beordert und zu spät verladen, auch später eingetroffene Waare früher übergenommen, dem ganz in der Nähe wohnhaften Verlader Möring keine Anzeige von dem Unfall gemacht und müsse daher für den ganzen Schaden aufkommen. Der Kläger weist den ganzen Anspruch deshalb zurück, weil die **receipts** am 25. und 27. April gezeichnet sind, als das Schiff noch ein amerikanisches war, das Eigenthum desselben aber erst später auf ihn übergegangen sei, Rheder, Capitain und Steuermann andere seien; der Anspruch sei gegen die früher Betheiligten zu richten; er kenne daher auch die Unterschriften auf den **receipts** nicht. Aber abgesehen davon, werde er auch durch letztere nicht verpflichtet; aus einem **receipt** habe nur der Capitain die Verbindlichkeit, Conossamente zu zeichnen. Dies falle hier weg, weil feststehe, daß ein Theil der Waare vor ihrer Verladung in das Schiff verloren gegangen sei. Deshalb hafte weder das Schiff noch der Capitain, und diesem sei nichts zur Last zu legen. Denn er habe am 25. April 80 Sack erhalten und davon so viel wie möglich eingeladen; am 26. April habe der Regen das weitere Verladen verhindert und sei auch nur ein Sack gebracht worden; am 27. April habe er 320 Sack mit anderer Ladung erhalten, die auf den Quai hingelegt und nach und nach eingenommen worden. Beim Ausbruch des Feuers sei der größte Theil übernommen gewesen; er habe mit Noth sein Schiff gerettet. Es sei in Boston Usanz, die Waaren auf der Werft zum Laden zu lagern; wogegen die gedruckten Worte des **Receipts „Taken on board"** ohne wörtliche Bedeutung wären. Den Capitain treffe keine Schuld, das Ganze sei ein **casus**, welcher den Frachtcontract löse, aber nicht dem Capitain zu Lasten sei. Die Beklagten behaupteten, es komme auf den Eigner des Schiffs zur Zeit des Brandes nicht an; nur sobald der Zeichner der **receipts** dazu berechtigt gewesen, hafte das Schiff aus dem Frachtcontracte. Der Kläger verlange Schiffsfracht, müsse also sich den Gegenanspruch gefallen lassen und habe beim Kaufe des

Schiffes auch dessen Verbindlichkeiten mit übernommen. Auf Grund der **receipts** hätte man auf Zeichnung der Conossamente klagen können und mit diesen versehen auf Herausgabe der Waare oder Schadensersatz. Da nun die Zeichnung der Connossamente durch Schuld des Capitains unterblieben sei, so müßten Beklagte mit den **receipts** dasselbe erreichen können. Mit Unrecht berufe sich der Capitain auf **casus**; er übernehme die Gefahr mit Ausnahme der Seeunfälle, und ein solcher liege nicht vor. Sobald der Schiffer das **receipt** ausgestellt, gehe die Gefahr auf ihn über, und müsse er, sobald er die Worte geschrieben: **received on board**, für die Waare aufkommen. Befinde sich diese noch auf der Werft, einerlei ob mit Wissen des Verladers, so sei sie dort auf Gefahr des Schiffers. Der Umfang der Gefahr richte sich nach dem gewöhnlichen Wortlaut der Connossamente und beziehe sich auf jeden Zufall „**the dangers of the seas only exapted.**" Sonst sei der Eigner nie gesichert, indem der Assecuradeur nicht hafte, weil die Waare noch nicht vom Lande geschieden. Dies nach römischem Rechte, wie amerikanischer und englischer Praxis. Endlich komme dazu die Schuld des Capitains, welcher die Waare zu früh beordert habe, da bei deren Ankunft noch Ballast im Schiffe gewesen. Der Kläger meinte, der Capitain habe nach Usanz gehandelt und nichts versehen. Wenn er auch ein **receipt** gezeichnet, so wisse doch Jeder, daß damit die Waare nicht auf dem Schiff, sondern auf der Werft sei und ihr dortiger Untergang könne den Capitain nicht treffen. Dieser habe die Verladung so schnell wie möglich beschafft und auch die Waare nicht zu früh bestellt, und jene sei nur durch das Feuer unterbrochen worden. Dem Ablader Anzeige von letzterem zu machen, das ohnedies ein allbekanntes Ereigniß gewesen, sei unthunlich. Ein **casus** vor Anfang der Reise hebe nicht den Frachtcontract auf; der Schiffer könne weder Fracht, noch der Eigenthümer Ersatz für seine Waare verlangen.

B. Rechtssätze:

1) Der bloße Besitz von **receipts** giebt dem Inhaber noch kein Recht, aus ihnen zu klagen, sondern hat er sich als Rechtsnachfolger des Abladers zu diesem Zwecke zu legitimiren.

2) Die volle Verantwortlichkeit des Rheders für ein Ladegut beginnt keineswegs immer erst, wenn dasselbe an Bord gelangt, sondern stets in dem Momente, wo es abseiten einer hiezu autorisirten Person für das Schiff entgegengenommen, und sonach

der Obhut des Abladers oder dessen, der es bis dahin für ihn unter sich hatte, entzogen wird.

3) Nach allgemeinen seerechtlichen Principien beschränkt sich die Verpflichtung des Rheders bezüglich des übernommenen Ladegutes keineswegs auf bloße Diligenz-Prästirung, vielmehr gilt, namentlich nach nordamerikanischem und englischem Seerechte, als Regel, daß der Rheder, abgesehen von besonderer Uebereinkunft, für jeden dem Beklagten durch äußere Einwirkung zugehenden Schaden haftet, der nicht von **acts of God** oder **public enemies (perils of the sea)** herrührt.

4) Was eine Beschädigung durch Feuer betrifft, so statuirt das englische Seerecht die Ausnahme, daß der Rheder in Bezug auf Ladegut, abgesehen vom Falle einer Negligenz, vom Ersatz jeder solchen Beschädigung frei sein soll; eine Bestimmung, die übrigens nur auf eine Feuerbeschädigung am Bord des Seeschiffes bezogen zu werden scheint.

5) Dagegen kennt das nordamerikanische Seerecht diese Ausnahme nicht für den Fall der Feuerentstehung, es sei denn etwa durch Blitz.

6) Es ist nicht angemessen, zumal in Fällen, worüber kein bestimmtes Gesetz existirt, ohne vorgängige Instruirung eines ordnungsmäßigen Beweisverfahrens auf bloße schriftstellerische Autoritäten hin über eine in Frage stehende Rechtsdoctrin und deren Anwendbarkeit auf einen concreten Fall zu entscheiden.

7) Die Beweislast rücksichtlich der unter solchen Umständen zu eruirenden fremden Rechtsprincipien muß immer derjenigen Parthei zugetheilt werden, welche einer Abweichung des fremden Rechts von dem allgemeinen zu ihrem Gunsten geltend machen will.

8) Das etwa in Folge rechtskräftigen Erkenntnisses zur Anwendung zu bringende fremde Recht ist kein Gegenstand der Officialkenntniß des in der Sache erkennenden Richters, sondern es ist auf Beweis des Rechtes zu erkennen, wenn solches nicht etwa notorisch sein sollte.

9) Nach dem römischen Rechte haftet der Schiffer für die Gefahr der zu transportirenden Gegenstände, weder, weil der Frachtcontract eine **locatio conductio operis** ist, noch führen die Grundsätze vom **receptum** dahin.

10) Nach dem **receptum** haftet der Schiffer für Untergang und Beschädigung recipirter Gegenstände, **nisi quid damno fatali contingit.**

11) Dieses damnun fatale ist nicht lediglich als unmittelbare und absolut unwiderstehliche elementarische Wirkung aufzufassen, sondern überhaupt von solchen Ereignissen zu verstehen, denen durch Vorsicht nicht vorgebeugt werden kann.

12) Nach dem gemeinen Seerechte ist der Schiffer dann nicht verhaftet, wenn er durch nicht vorher zu sehen gewesene unabwendliche äußere Einwirkungen an der Lieferung der zu verschiffenden Gegenstände überhaupt oder im unbeschädigten Zustande verhindert wurde, gleichviel, ob die causa nocens eine unmittelbar elementarische war oder nicht.

13) Nach der Praxis des Ober-Appellationsgerichtes kann der Umstand, daß für den einer Parthei obliegenden Beweis einzelne dienliche Momente in den Acten liegen, eine Veränderung der Beweislast nicht motiviren.

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 21. April 1856.

Da die vorliegenden receipts nur demjenigen, welchem sie ausgestellt wurden, ein selbstständiges Klagrecht gewähren, und daher den Wiederklägern obliegt, sich besser als durch den bloßen Besitz solcher receipts geschieht, als Rechtsnachfolger des Abladers zu legitimiren,

der Umstand aber, daß seit Ausstellung der receipts an die Stelle des damaligen Rheders, sowie des damaligen Schiffers und Steuermannes andere Personen getreten sind, die opponirte Einrede des unrechten Wiederbeklagten hier, wo ja nicht eine Verantwortlichkeit des jetzigen Rheders mit seiner fortune de terre in Anspruch genommen wird, ersichtlich nicht begründen kann,

allerdings jedoch der Umfang der Verbindlichkeit, welche durch die Ausstellung der receipts für die Rhederei des damals noch nordamerikanischen Schiffes „John Bertram" begründet wurde, und die jetzt gegen das für solche Verbindlichkeit verhaftete Schiff geltend gemacht wird, nach nordamerikanischem Rechte zu beurtheilen ist,

da nun unter den Partheien darüber kein Streit obwaltet, daß zur Zeit, als die libellirten receipts — resp. am 25sten und 27sten April vorigen Jahres — ertheilt wurden, die in denselben als an Bord erhalten (received on board the ship „John Bertram“) bezeichneten Güter in Wirklichkeit noch auf dem Werft, neben welchem der „John Bertram“ damals behufs Einnahme seiner Ladung lag, befindlich gewesen und davon 108 Säcke Salpeter auch später überall nicht an Bord gelangt, sondern in Folge eines am Nachmittage des 27sten April auf einem benachbarten Werft ausgebrochenen Feuers zerstört sind,

da indeß, auch wenn angenommen wird, daß regelmäßig zu Boston in gleicher Weise, wie im vorliegenden Falle geschehen, über Ladegüter schon nach ihrer Ablieferung auf dem Werft receipts, welche die Güter als an Bord erhalten bezeichnen, ertheilt werden, und daselbst solche receipts nicht die — ihrem Wortlaute entsprechende — Bedeutung haben, daß in dem rechtlichen Verhältnisse des Abladers zum Schiffe das Ladegut als wirklich an Bord geliefert zu erachten (folgeweise nicht aller und jeder Unfall, von welchem dasselbe auf dem Werft betroffen wird — von dem es aber an Bord frei geblieben sein würde — als zu Lasten des Schiffes wäre),

dennoch der vorliegende Anspruch, auch ohne den Nachweis einer Negligenz — bis auf Weiteres wenigstens — als begründet erscheint, indem nämlich

1) darüber kein Zweifel sein kann, daß die volle Verantwortlichkeit des Rheders für ein Ladegut keineswegs immer erst, wenn dasselbe an Bord gelangt, sondern stets in dem Momente beginnt, wo es abseiten einer hiezu autorisirten Person für das Schiff entgegen genommen und sonach der Obhut des Abladers oder dessen, der es bis dahin für ihn unter sich hatte, entzogen wird,

Holt System of the shipping and Navigation Laws (ed. 6) p. 386, 87.

Blunt Commercial Digest. Newyork 1848 p. 10,

verb: „If the master has goods delivered to him on shore, he is answerable for them as much as if delivered on board the ship."

Kent Commentaries on American Law (ed. 6) vol. III p. 214,

verb: „So, if the mate gives a receipt for goods „for shipping left on the dock, they are as much at the risk of the ship as if actually put on board"

im vorliegenden Falle aber die Autorisation des Ausstellers der receipts völlig unbestritten ist,

sodann aber

2) nach allgemeinen seerechtlichen Principien die Verpflichtung des Rheders bezüglich des übernommenen Ladeguts sich keineswegs auf bloße Diligenz-Prästirung beschränkt, vielmehr namentlich nach nordamerikanischem, wie nach englischem Seerechte als Regel gilt, daß der Rheder, wenigstens mit Schiff und Fracht, — abgesehen von besonderer Uebereinkunft — für jeden dem Ladegute durch äußere Einwirkung zugehenden Schaden haftet, der nicht von „Acts of God" oder „public enemies" (perils of the sea) herrührt,

und wenn gleich, was eine Beschädigung durch Feuer betrifft, für das englische Seerecht schon durch eine — im merchant shipping Act vom Jahre 1854 bestätigte — Bestimmung der Acte Georg's III. vom Jahre 1786 die Ausnahme statuirt wurde, daß der Rheder in Bezug auf Ladegut — abgesehen von dem Falle einer Negligenz — vom Ersatze jeder Feuer-Beschädigung frei sein soll,

(eine Bestimmung, die übrigens — vid. Paterson „the merchant shipping Act p. 187 Note 74, Lees the laws of shipping and Insurance London 1850" p. 126 — nur auf eine Feuerbeschädiguug an Bord des Seeschiffes bezogen zu werden scheint)

doch, so viel bekannt, eine solche Ausnahme im nordamerikanischen Seerechte sich nicht findet, vielmehr nach diesem die oben erwähnte Regel auch bei jeder Feuerbeschädigung zur

Anwendung kommt, welche in anderer Weise als durch Blitz — ein Fall, der in substrato nicht behauptet wird — herbeigeführt wurde,

Steels Ship-Masters Assistant (ed. 22) p. 14.
Maude & Pollock of the law of merchant shipping (1853) p. 144.
Leone Levi Commercial law vol. III. p. 241, 43.
Blunt p. 11.
Kent p. 216, 17.

da gleichwohl dem Wiederbeklagten der Beweis, daß nach dem hier in Frage kommenden fremden Rechte der libellirte Anspruch unstatthaft sei, nachzulassen ist,

daß Wiederkläger sich innerhalb acht Wochen sub poena 5 Thaler gehörig als Rechtsnachfolger des Abladers in Bezug auf den vorliegenden Anspruch zu legitimiren,

Wiederbeklagter aber in gleicher Frist sub poena desertionis den Beweis,

daß nach dem zu Boston geltenden Rechte oder Rechtsgebrauche — abgesehen von etwaigem Nachweise verabsäumter Diligenz — kein Anspruch auf Ersatz des in Rede stehenden, durch Feuer herbeigeführten Schadens dem Schiffe „John Bertram" gegenüber statthaft sei,

anzutreten schuldig;

wogegen den Wiederklägern nicht nur Gegenbeweis — und hiebei die Benutzung des bereits in actis Enthaltenen — sondern auch hier unter Vorbehalt wiederbeklagtischer Reprobation, der Beweis,

daß — oder wie weit doch — der fragliche Schaden durch nicht gehörige Beschleunigung der Verladung herbeigeführt wurde,

vorbehalten bleibt.

Es bleiben übrigens ratione quanti des wiederklägerischen Anspruches den Partheien bis zur Erledigung des obigen Beweisverfahrens competentia vorbehalten, und soll demnächst weiter was Rechtens erkannt werden.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 2. Juni 1856.

(Auf klägerische Appellation.)

Da in der Verhandlung von Seiten der Wiederkläger kein factischer Umstand auf Grund dessen dem amerikanischen Capitain oder dessen Vertretern eine in einem Causalnexus mit dem Verlust der Waare stehende culpa zur Last gelegt werden könnte in der Art praecisirt angegeben ist, daß derselbe zum Beweise verstellt werden könnte;

da es somit nur auf Entscheidung der Frage ankommt, wer das periculum der Waare zu der Zeit, als dieselbe vom Feuer vernichtet wurde, zu tragen hatte, wobei es allerdings auf die darüber am Verladungsorte geltenden Rechtsprincipien ankommt;

da es indessen nicht angemessen erscheint, zumal in Fällen, worüber kein bestimmtes Gesetz existirt, ohne vorgängige Instruirung eines ordnungsmäßigen Beweisverfahrens auf bloße schriftstellerische Autoritäten hin über eine in Frage stehende fremde Rechtsdoctrin und deren Anwendbarkeit auf einen concreten Fall zu entscheiden;

da auch die Beweislast rücksichtlich der unter solchen Umständen zu eruirenden fremden Rechtsprincipien immer derjenigen Parthei zugetheilt werden muß, welche eine Abweichung des fremden Rechts von dem hiesigen zu ihren Gunsten geltend machen will;

nun aber in dem vorliegenden Fall der casus, welcher die Waare betroffen hat, nach hiesigem Recht unzweifelhaft von dem Eigenthümer derselben zu tragen wäre;

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 21sten April dieses Jahres, unter Beibehaltung des auf die zu ergänzende legitimatio ad causam abseiten der Wiederkläger sich beziehenden passus, dahin zu reformiren:

daß Beklagte mit der erhobenen Wiederklage abzuweisen und der Wiederbeklagte zu befugen, den deponirten Rest der Frachtgelder ex deposito zu erheben,

Wiederkläger könnten und wollten denn in termino praefigendo dem Wiederbeklagten Gegenbeweis und quaevis competentia vorbehältlich den Beweis führen:

daß nach dem in Boston geltenden Recht der Capitain eines Schiffes, welcher die Verschiffung einer Waare von dort übernommen hat, schuldig sei, den Schaden zu ersetzen, welcher an der zu verschiffenden Waare, nachdem dieselbe auf die Werft, von welcher aus sie verschifft werden soll, gebracht und darüber von dem Steuermann oder einem berechtigten Vertreter desselben ein ordnungsmäßiges receipt gezeichnet worden, vor wirklicher Einladung in das Schiff und bevor der Capitain Connossament gezeichnet hat, durch Feuer ohne irgend hinzutretendes Verschulden des Capitains oder seiner Vertreter verursacht wird.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt, und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß
vom 22. December 1856.

(Auf beklagtische Appellation.) Ersatz wegen verbrannten Salpeters betreffend.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 2ten Juni 1856, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten der gegenwärtigen Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die von den Wiederklägern gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 2. Juni 1856 erhobenen Beschwerden mußten als unbegründet verworfen und jenes Erkenntniß lediglich bestätigt werden.

Anlangend

I) die erste und Hauptbeschwerde, daß dem Wiederbeklagten die Beweislast in Beziehung auf das betreffende in Boston geltende Recht abgenommen, und ihnen, den Wiederklägern, zugetheilt worden sei, so liegt es klar vor, daß das genannte zufolge der in diesem Punkte conformen Erkenntnisse der vorigen Instanzen zur Anwendung zu bringende fremde Recht keinen Gegenstand der Officialkenntniß der in dieser Sache erkennenden Richter bildet. Demnach mußte auf Beweis erkannt werden, wenn nicht etwa eine Notorietät für die in Betracht kommenden Rechtssätze anzunehmen wäre, wie eine solche allerdings in Betreff mancher Normen der auswärtigen Rechte, unter Umständen selbst da, wo es sich um umgeschriebenes Recht handelt, anzuerkennen ist. Notorietät liegt nun aber nicht einmal hinsichtlich der in der nordamerikanischen Praxis im Allgemeinen als gültig behandelten, das vorliegende Verhältniß betreffenden Principien vor, und vollends besteht eine solche nicht in Beziehung auf die speciell zu Boston geltenden Rechtssätze. — Die Wiederkläger selbst haben die Zweifelhaftigkeit der Sache anerkannt, indem sie in der Handelsgerichtlichen Verhandlung

Prot. zum Erk. vom 31. März 1856 p. 21

angeführt haben, daß, während Kaufleute, welche man in Amerika über den streitigen Punkt befragt habe, sich im wiederklägerischen Sinne ausgesprochen hätten, man von Juristen eine entscheidende Auskunft nicht erhalten habe.

Somit handelte es sich nur noch um die Bestimmung der Beweislast. Für diese kam es nicht ohne Weiteres auf den Umstand an, welche von beiden Partheien es sei — die wiederklägerische oder die wiederbeklagtische — die unter Be-

rufung auf das fremde Recht Anträge gestellt habe, vielmehr war in Betracht zu ziehen, ob etwa eine der beiden Auffassungen in den, den geltenden Seerechten übereinstimmend zu Grunde liegenden allgemeinen Principien ihre Begründung finde, worauf denn diejenige Parthei, welche ein von den letzteren abweichendes Recht behauptet, als beweispflichtig behandelt werden mußte. Im Wesentlichen hat das Obergericht denselben Gang genommen, und nur insofern erschien eine Abweichung von demselben begründet, als es nicht auf alle betreffenden Bestimmungen gerade des hamburgischen Rechts, sondern auf selbige nur so weit ankommt, als sie mit den allgemein gültigen Sätzen übereinstimmen.

Was nun den in Rede stehenden Punkt selbst anlangt, so ist unverkennbar Dasjenige, was die Wiederkläger als das in den nordamerikanischen Staaten und speciell zu Boston geltende Recht bezeichnen, im hohen Grade singulair. Sie behaupten, daß der Schiffer nach diesem Rechte die Folgen eines jeden Feuerschadens, welcher sich an den zu transportirenden Gegenständen auf andere Weise als in Veranlassung eines Blitzstrahls ereigne, zu tragen habe, ohne Rücksicht darauf, wenn auch etwa die Wirkung des Feuers als eine den Umständen nach unabwendlich gewesene anzusehen sein sollte. — Dies steht mit den Principien, welche in dieser Materie den Seerechten sowohl älterer als neuerer Zeit, wenigstens der weit überwiegenden Mehrzahl nach, zu Grunde liegen, im Widerspruche. Und wenn der von den Wiederklägern hiefür citirte

Kent Comm. II. S. 597 flg.

die Meinung aufstellt, daß die von ihm vertretene umfangreiche und derjenigen eines Versicherers in den meisten Punkten gleichkommende Verantwortlichkeit des Schiffers aus dem römischen Rechte — welches allerdings im Wesentlichen die Grundlage des in Betracht gezogenen Theils der geltenden Seerechte bildet — zu rechtfertigen sei, so ist dies ein Irrthum. Denn weder, weil der Frachtcontract eine locatio conductio operis ist, haftet der Schiffer für die Gefahr der zu transportirenden Gegenstände,

L. 11 § 3, L. 13 § 1, L. 25 § 7 D. locati 19, 2,

noch führen die Grundsätze vom receptum auf das bezeichnete Resultat hin. Freilich erweitern die letztgedachten Grundsätze die Verantwortlichkeit des Schiffers so, daß, während er nach den Principien des Miethcontractes schon frei ist, si sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, er in Betreff recipirter Gegenstände für Untergang und Beschädigung haftet nisi si quid damno fatali contingit

L. 3 § 1 D. nautae caupones 4, 9

allein der Begriff des damnum fatale wird zu eng aufgefaßt, wenn man ihn nur auf unmittelbare und absolut unwiderstehliche elementarische Wirkungen bezieht. Schon die in der L. 3 cit. selbst aufgeführten Beispiele, unter welchen auch vis paratarum angegeben wird, würden jene Auslegung als bedenklich erscheinen lassen, allein jeder Zweifel wird dadurch beseitigt, daß in der, gleich der L. 3 von Ulpian herrührenden

L. 52 § 3 D. pro socio 17, 2

damna fatalia definirt, und zwar als diejenigen bezeichnet werden, denen durch Vorsicht nicht vorgebeugt werden kann, wobei unter Anderen auch incendium als Beispiel eines solchen damnum erwähnt wird,

vergl. auch L. 18 D. commodati 16, 3,
L. 6 Cod. de pignorat. act. 6, 24.

Damit übereinstimmend, haben der Regel nach die Seerechte den Schiffer dann für nicht verhaftet erklärt, wenn er durch nicht vorherzusehen gewesene, unabwendliche äußere Einwirkungen an der Lieferung der zu verschiffenden Gegenstände überhaupt oder im unbeschädigten Zustande verhindert wurde, gleichviel, ob die causa nocens eine unmittelbar elementarische war oder nicht.

Hievon zeugt denn auch die seerechtliche Praxis, wie sie notorisch besteht, und kann es hiebei unerörtert bleiben, ob nicht das hamb. Recht in Betreff der Grundsätze des receptum noch weiter zu Gunsten des Schiffers geht.

Traf zufolge des Bisherigen die Wiederkläger die Beweislast, insofern sie singulaire, oder doch vom Gewöhnlichen ab-

weichende Sätze eines ausländischen Rechts ihren Anträgen zu Grunde legten, so fragte es sich noch, ob etwa Dasjenige, was aus den von ihnen in Bezug genommenen Autoren hervorgeht, geeignet ist, die Beweislast zu verändern. Nun läßt es sich freilich nicht verkennen, daß nicht unerhebliche Beweismomente in den Aeußerungen jener Schriftsteller zu Gunsten der wiederklägerischen Auffassung liegen, allein, wie das Ober-Appellationsgericht beständig festgehalten hat, so kann der Umstand, daß für den einer Parthei obliegenden Beweis einzelne dienliche Momente in den Acten liegen, eine Veränderung der Beweislast nicht motiviren,

vergl. z. B. C. E. Schwenger c. Meyne 31. Dec. 1840,

woran denn auch in der vorliegenden Sache festzuhalten war.

Den Wiederklägern wird es selbstverständlich freistehen, auch der in den Acten bereits angezogenen Rechtsschriftsteller, so weit wie thunlich, bei ihrer Beweisführung sich zu bedienen.

II) Die zweite Beschwerde der Wiederkläger beruhet auf der Behauptung, daß ihnen für alle Fälle, wie auch über die Beweislast in Betreff des zu Boston geltenden Rechts zu erkennen gewesen sein möge, der Beweis einer culpa des Capitain Brenholm, oder der Vertreter desselben — etwa des Steuermanns Blatchford oder des Agenten des Schiffes — hätte verstattet werden müssen.

Das Handelsgericht hat von den zur Begründung eines Verschuldens des Schiffers angeführten Umständen nur den Einen für relevant erachtet, wenn der Schiffer durch nicht gehörige Beschleunigung der Verladung den Schaden herbeigeführt haben sollte. Demgemäß hat es, unter Beseitigung des auf diesen Punkt bezüglichen sonstigen wiederklägerischen Vorbringens, den Appellanten den Beweis jenes Umstandes verstattet. Das Obergericht hat dagegen diese Beweisauflage aufgehoben, weil von Seiten der Wiederkläger keine factischen Angaben mit genügender Praecision gemacht seien, auf Grund deren dem Schiffer oder dessen Vertretern eine in einem Causalnexus mit dem Verlust der Waare stehende culpa zur Last gelegt werden könne.

Hierin war dem Obergerichte beizustimmen. Nach demjenigen, was die Wiederkläger selbst angeführt haben, hat nämlich Capitain Brenholm weder seine Ladungsbereitschaft zu früh erklärt, noch ist mit der Einladung der nach dem Werft gelieferten Güter in ungehöriger Weise langsam verfahren worden.

Am 25. April legte das Schiff nach Lincolns Wharf zu dem Zwecke, um dort beladen zu werden. Daß die hievon den Abladern zu machende und noch an demselben Tage gemachte Anzeige nicht zu früh erfolgte, geht daraus hervor, daß nach dem Atteste des wiederklägerischen carman Meads

H. G. A. No. [12]

von den am Nachmittage jenes Tages nach dem Werft gelieferten 80 oder 81 Säcken Salpeter 53 Säcke sofort verladen worden sind. Nur 27 sind zurückgeblieben und später mit von dem Feuer verzehrt worden.

Nun liegt es in der Natur der Sache, daß die Aufforderung der Ablader zur Heranbringung der Waaren nicht genau so beschafft werden kann, daß immer nur so viele und gerade solche Waaren an die Seite des Schiffes gebracht werden, um einerseits ohne alle Unterbrechung das Letztere beladen zu können, andererseits niemals eine Anhäufung der Waaren stattfinden zu lassen. Im Gegentheile, da das Herbeischaffen der Waaren in gewissem Maaße von der Convenienz, jedenfalls von der größeren oder geringeren Diligenz der Ablader abhängt, da ferner die herangebrachten Waaren nicht ohne Weiteres in der Reihenfolge, worin sie ankommen, verladen und verstauet werden können, da es hiebei auf die Beschaffenheit und Gestalt der resp. Waaren ankommen kann, so ist es unvermeidlich, daß zeitweilig Unterbrechungen in der Beladung, oder doch Ansammlungen von Waaren auf kurze Zeit eintreten, wie denn wegen der Unvermeidlichkeit solcher Vorkommnisse, und weil außerdem manche Arten von Waaren bei regnigtem Wetter nicht exponirt werden dürfen, auf den Ladeplätzen der hier in Betracht kommenden Art eigens Waarenschuppen „sheds“ errichtet sind, welche zur Unterbringung der nicht sofort zu verladenden Gegenstände dienen.

Nun giebt die von den Wiederklägern in den factischen Angaben unbestritten gebliebene Declaration des Capitains und des Steuermannes des „John Bertram," sowie des „master stevedore"

H. G. A. No. [6]

an, daß am 25. April mit der Verstauung der an jenem Tage herbeigelieferten Waaren bis 6 Uhr p. M. fortgefahren worden sei, um welche Zeit das Wetter die fernere Einladung von Salpeter nicht zugelassen habe, so daß die bis dahin nicht verladenen Waaren dieser Art unter den Schuppen des Werfts gebracht und mit Segeltuch bedeckt worden seien. Am 26sten April ist, nach den übereinstimmenden Angaben der vorgedachten Declaranten und des bereits erwähnten carman Meads, das Wetter so regnigt gewesen, daß weder die Einladung der unter dem Schuppen lagernden Säcke mit Salpeter beschafft, noch fernerer Salpeter angefahren werden konnte. Erst am 27. April brachte deshalb Mead den übrigen zu verladenden Salpeter in 320 Säcken. Und von diesen sind an demselben Tage bis um 2½ Uhr Nachmittags, um welche Zeit das Feuer ausbrach, 239 Säcke verladen worden, so daß außer den vom 25. April her lagernden 27 Säcken andere 81 Säcke Salpeter, im Ganzen 108 Säcke, von dem Feuer vernichtet worden sind.

Das ohnehin nach Wahrscheinlichkeit anzunehmende Zusammentreffen von Waaren mehrerer Ablader wird denn auch durch den Inhalt der Acten außer Zweifel gestellt. Denn Meads selbst brachte zufolge seines Attestes für ein anderes Haus 124 Säcke Salpeter nach dem Werft, und aus der anderen gleichzeitig zur Entscheidung vorliegenden Sache des „John Bertram" gegen Berenberg, Goßler & Co. geht hervor, daß für das letztgedachte Haus am 26. oder 27. April 18 Tons Granadilla-Holz, 14 Ballen Häute und 157 Säcke Salpeter für den „John Bertram" nach dem Werft gebracht worden sind. Endlich wird in der mehrerwähnten Declaration des Capitain Brenholm und Consorten die Gesammtheit des bis zur Zeit des Feuer-Ausbruches nach dem Werft gelieferten Salpeters auf 1448 Säcke angegeben.

Da es endlich auch einleuchtend ist, daß unter Umständen, wie solche hier vorlagen, kein Ablader befugt sein kann, darüber Beschwerde zu führen, wenn etwa seine Waaren um ein Geringes später als andere fast gleichzeitig wenn gleich vielleicht um ein Weniges später an den Platz der Beladung gelieferte Güter in das Schiff gebracht sein sollten, so war unbedenklich anzunehmen, daß es an der factischen Begründung des Vorwurfs einer culpa des Schiffers oder dessen Vertreter gänzlich fehle, und daß demzufolge die handelsgerichtliche Beweisnachlassung mit Recht beseitigt sei.

III) Die Wiederkläger haben endlich gegen die Formulirung des Beweissatzes Beschwerde erhoben, ohne daß jedoch Veranlassung vorhanden wäre, ihren Anträgen zu entsprechen.

1) Statt „nach dem in Boston geltenden Rechte" soll es heißen müssen „nach dem — — — Rechte oder Rechtsgebrauche." Nun ist unter „Recht" auch das „Gewohnheitsrecht" selbstverständlich mitbegriffen. Es bedarf deshalb keiner desfallsigen Aenderung.

2) Statt „Waare, welche von dem Werft aus verschifft werden sollte," soll gesagt werden, „Ladegut, welches auf die Wharf gebracht worden." Ob das deutsche Wort „Werft" oder das englische Wort „Wharf" gebraucht wird, ist gleichgültig, da über die in Betracht kommende Localität in keinem dieser Fälle eine Ungewißheit bestehen kann. Außerdem wollen die Wiederkläger durch die hier beantragte Veränderung des Beweissatzes festgestellt werden lassen, daß die volle Verantwortlichkeit des Schiffers auch schon für die auf dem Wharf liegenden Güter bestanden habe. Hierin gehen sie zu weit. Es ist möglich, daß nach der Bostoner Verfahrungsweise und dem dortigen Rechtsgebrauch durch die Ablieferung von Waaren auf dem Werft und durch hinzukommende Zeichnung von receipts Seitens des Steuermannes der Schiffer die custodia über die Waaren übernimmt. Es kann sich aber hiemit auch anders verhalten, und z. B. die custodia bis zur wirklichen Verladung etwa dem wharfinger obliegen,

vergl. Kent Ed. 4. vol. III. S. 205.

Deshalb muß es als mit zum Beweise der Wiederkläger gehörig angesehen werden, daß die Zeichnung der receipts die von ihnen behauptete Verantwortlichkeit des Schiffers schon für die Zeit vor der Anbordbringung zur Folge gehabt habe.

3) Daß die zu verschiffenden Waaren „auf Anfordern des Schiffers" nach dem Werft geliefert seien, ist für das zu beweisende Verhältniß gleichgültig. Die Wiederkläger suchen hier ungehöriger Weise die Fassung des Beweissatzes so umzugestalten, daß der Schiffer als in culpa oder speciell in mora befindlich gewesen, erschien.

4) Statt von „einem ordnungsmäßigen receipt" soll gesagt werden, „ein receipt, in welchem der Aussteller bescheinigt habe, die Waare an Bord des Schiffes recipirt zu haben." Dies monitum steht im Wesentlichen auf derselben Grundlage mit dem unter 2) besprochenen. Im vorliegenden Falle sind zu den receipts die gewöhnlichen gedruckten Formulare benutzt, übrigens nicht einmal vollständig ausgefüllt worden; Formulare, welche für alle Fälle, auch für diejenigen, in welchen die zu verladende Waare wirklich an Bord gebracht worden, eingerichtet sind. Unter solchen Umständen würde es unstatthaft sein, den Worten „on board" eine besondere Bedeutung beizulegen und aus ihnen abzuleiten, daß der Aussteller der receipts hiedurch die Fiction habe begründen wollen, als seien die Waaren schon als wirklich am Bord befindlich zu behandeln.

5) Daß unter dem vom Obergerichte gewählten Ausdrucke „der Capitain eines Schiffes sei zum Schadensersatze verpflichtet etc." verstanden werden muß: „Der Capitain, als Führer und Vertreter des Schiffes" und daß folglich auch von einer Obligirung des Schiffes die Rede ist, beruht auf einem Selbstverstande. Ohnehin ist es aus der Sachlage klar, daß von der persönlichen Verantwortlichkeit des Capitains Brenholm, unter dessen Commando das Schiff zur Zeit der Feuersbrunst stand, überhaupt nicht die Rede ist, da nur die fortune de mer der Rhederei (die Fracht) in Anspruch genommen und Capitain Brenholm bei dem vorliegenden Prozesse gar nicht betheiligt ist.

№ 32.

In Sachen **R. M. Sloman jr.** *noie* Capt. **H. Visser**, Schiff „John Bertram,“ Klägers, Wiederbeklagter, (Anwald **Dr. H. R. Loehr**) *contra* **Joh. Berenberg, Goßler & Co.**, Beklagte, Wiederkläger, (Anwald **Dr. J. A. Des Arts**).

Handelsgerichtliches Erkenntniß (Erste Kammer) vom 21. April 1856.

Da der auf Bco.℔ 721 . 13 ß restringirte Klaganspruch an sich von den Beklagten concedirt wird,

anlangend aber ihre Wiederklage, die — übrigens nicht in origine vorliegenden receipts nur denjenigen, welchen sie ausgestellt wurden, ein selbstständiges Klagrecht gewähren, und daher den Wiederklägern, soweit ihr Gegenanspruch — wie hinsichtlich der 33 Säcke Salpeter und der 14 Ballen Häute der Fall — auf den gezeichneten receipts beruhet, obliegt, sich besser als bisher geschehen, als Rechtsvertreter der Ablader zu legitimiren,

da hingegen der Umstand, daß seit Entgegennahme der Ladegüter und Ausstellung der receipts an die Stelle des damaligen Rheders, sowie des damaligen Schiffers und Steuermannes andere Personen getreten sind, die opponirte Einrede des unrechten Wiederbeklagten hier, wo ja nicht eine Verantwortlichkeit des jetzigen Rheders mit seiner fortune de terre in Anspruch genommen wird, ersichtlich nicht begründen kann,

allerdings jedoch der Umfang der Verbindlichkeit, welche durch die Entgegennahme der Ladegüter und Ausstellung der receipts für die Rhederei des damals noch Nordamerikanischen Schiffes „John Bertram“ begründet wurde, und die jetzt

gegen das für solche Verbindlichkeit verhaftete Schiff geltend gemacht wird, nach Nordamerikanischem Rechte zu beurtheilen ist,

da ferner der Umstand, daß die Agenten des Schiffes „John Bertram," mit deren Zustimmung unbestritten der Verkauf der beschädigten 14 Ballen Häute geschah, nicht von dem jetzigen, sondern von dem früheren Rheder constituirt waren, der wiederklägerischen Reclamation wegen der gedachten Häute nicht entgegensteht,

so wie, da unbestritten das gesammte Quantum von 1142 Stücken Holz einem abseiten des Schiffes Autorisirten als Ladegut überliefert worden, der wiederklägerischen Reclamation wegen der 212 Stücke Holz nicht obstirt, daß das demnächst von Capitain Visser gezeichnete Connossement den Zusatz „number of sticks weight and quantity unknown" enthält,

da im Uebrigen auf die auch hier, mutatis mutandis, zutreffenden Entscheidungsgründe des heute in Sachen desselben Klägers gegen J. D. Mutzenbecher Söhne abgegebenen Handelsgerichtlichen Erkenntnisses verwiesen werden kann,

daß Wiederkläger, was den Anspruch wegen der 33 Säcke Salpeter und der 14 Ballen Häute betrifft, sich innerhalb acht Wochen sub poena 5 Thaler besser als bisher geschehen ad causam zu legitimiren,

Wiederbeklagter aber in gleicher Frist sub poena desertionis den Beweis:

daß nach dem zu Boston geltenden Rechte oder Rechtsgebrauche — abgesehen von etwaigem Nachweise verabsäumter Diligenz — kein Anspruch auf Ersatz des in Rede stehenden, durch Feuer herbeigeführten Schadens dem Schiffe „John Bertram" gegenüber statthaft sei,

anzutreten schuldig;

wogegen den Wiederklägern nicht nur Gegenbeweis — und hiebei die Benutzung des bereits in actis Enthaltenen — sondern auch, hier unter Vorbehalt wiederbeklagtischer Reprobation, der Beweis:

daß — oder wie weit doch — der fragliche Schaden durch nicht gehörige Beschleunigung der Verladung herbeigeführt wurde, vorbehalten bleibt.

Es bleiben übrigens ratione quanti des widerklägerischen Anspruches den Parteien bis zur Erledigung des obigen Beweisverfahrens competentia vorbehalten, und soll demnächst weiter was Rechtens erkannt werden.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 5. Juni 1856.
(Auf klägerische Appellation.)

Da in der Verhandlung von Seiten der Wiederkläger kein factischer Umstand auf Grund dessen dem Amerikanischen Capitain oder dessen Vertretern eine in einem Causalnexus mit dem Verlust der Waare stehende culpa zur Last gelegt werden könnte, in der Art praecisirt angegeben ist, daß derselbe zum Beweise verstellt werden könnte;

da es somit nur auf Entscheidung der Frage ankommt, wer das periculum der Waare zu der Zeit, als dieselbe vom Feuer vernichtet wurde, zu tragen hatte, wobei es allerdings auf die darüber am Verladungsorte geltenden Rechtsprincipien ankommt;

da es indessen nicht angemessen erscheint, zumal in Fällen, worüber kein bestimmtes Gesetz existirt, ohne vorgängige Instruirung eines ordnungsmäßigen Beweisverfahrens auf bloße schriftstellerische Autoritäten hin über eine in Frage stehende fremde Rechtsdoctrin und deren Anwendbarkeit auf einen concreten Fall zu entscheiden;

da auch die Beweislast rücksichtlich der unter solchen Umständen zu eruirenden fremden Rechtsprincipien immer derjenigen Partei zugetheilt werden muß, welche eine Abweichung des fremden Rechts von dem hiesigen zu ihren Gunsten geltend machen will;

nun aber in dem vorliegenden Fall der casus, welcher die Waare betroffen hat, nach hiesigem Recht unzweifelhaft von dem Eigenthümer derselben zu tragen wäre,

daß das handelsgerichtliche Erkenntniß a quo vom 21. April d. J., unter Beibehaltung des auf die zu ergänzende legitimatio ad causam abseiten der Wiederkläger sich beziehenden passus dahin zu reformiren:

daß Beklagte mit der erhobenen Wiederklage abzuweisen und der Wiederbeklagte zu befugen, den deponirten Rest der Frachtgelder ex deposito zu erheben, Wiederkläger könnten und wollten denn in termino praefigendo. dem Wiederbeklagten Gegenbeweis und quaevis competentia vorbehältlich, den Beweis führen:

daß nach dem in Boston geltenden Recht der Capitain eines Schiffes, welcher die Verschiffung einer Waare von dort übernommen hat, schuldig sei, den Schaden zu ersetzen, welcher an der zu verschiffenden Waare, nachdem dieselbe auf die Werft, von welcher aus sie verschifft werden soll, gebracht und darüber von dem Steuermann oder einem berechtigten Vertreter desselben ein ordnungsmäßiges receipt gezeichnet worden, vor wirklicher Einladung in das Schiff und bevor der Capitain Connossement gezeichnet hat, durch Feuer ohne irgend hinzutretendes Verschulden des Capitains oder seiner Vertreter verursacht wird.

Die Kosten dieser Instanz werden compensirt und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Handelsgericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 22. December 1856.

(Auf beklagtische Appellation.) Ersatz wegen verbrannten Salpeters und anderer Waaren betreffend.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 2. Juni 1856, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten der gegenwärtigen Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird nunmehr die Sache zum weiteren Verfahren an das Handelsgericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

Die von den Wiederklägern gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 2. Juni 1856 erhobenen Beschwerden mußten als unbegründet verworfen und jenes Erkenntniß lediglich bestätigt werden.

Anlangend

I) die erste und Hauptbeschwerde, daß dem Wiederbeklagten die Beweislast in Beziehung auf das betreffende zu Boston geltende Recht abgenommen und ihnen, den Wiederklägern, zugetheilt worden sei, so liegt es klar vor, daß das genannte, zufolge der in diesem Punkte conformen Erkenntnisse der vorigen Instanzen zur Anwendung zu bringende fremde Recht keinen Gegenstand der Officialkenntniß der in dieser Sache erkennenden Richter bildet. Demnach mußte auf Beweis erkannt werden, wenn nicht etwa eine Notorietät für die in Betracht kommenden Rechtssätze anzunehmen wäre, wie eine solche allerdings in Betreff mancher Normen der auswärtigen Rechte, unter Umständen selbst da, wo es sich um ungeschriebenes Recht handelt, anzuerkennen ist. Notorietät liegt nun aber nicht einmal hinsichtlich der in der Nordamerikanischen Praxis im Allgemeinen als gültig behandelten, das vorliegende Verhältniß betreffenden Principien vor, und vollends besteht

eine solche nicht in Beziehung auf die speciell zu Boston geltenden Rechtssätze. Die Zweifelhaftigkeit der Sache ist in der anderen gegen das Schiff „John Betram" geführten gleichzeitig zur Entscheidung stehenden Sache J. D. Mutzenbecher Söhne contra Sloman in dem handelsgerichtlichen Vortrage der dortigen Wiederkläger, welchen die Appellanten zu dem ihrigen gemacht haben, anerkannt worden, indem dort

Prot. zum Erk. vom 31. März 1856 p. 21

angeführt worden ist, daß, während Kaufleute, welche man in Amerika über den streitigen Punkt befragt habe, sich im wiederklägerischen Sinne ausgesprochen hätten, man von Juristen eine entscheidende Auskunft nicht erhalten habe.

Somit handelte es sich nur noch um die Bestimmung der Beweislast. Für diese kam es nicht ohne Weiteres auf den Umstand an, welche von beiden Parteien es ei, — die wiederklägerische oder die wiederbeklagtische — die, unter Berufung auf das fremde Recht, Anträge gestellt habe, vielmehr war in Betracht zu ziehen, ob etwa eine der beiden Auffassungen in den geltenden Seerechten übereinstimmend zu Grunde liegenden allgemeinen Principien ihre Begründung finde, worauf denn diejenige Partei, welche ein von den letzteren abweichendes Recht behauptet, als beweispflichtig behandelt werden mußte. Im Wesentlichen hat das Obergericht denselben Gang genommen, und nur insofern erschien eine Abweichung von demselben begründet, als es nicht auf alle betreffenden Bestimmungen gerade des Hamb. Rechts, sondern auf selbige nur soweit ankommt, als sie mit den allgemein gültigen Sätzen übereinstimmen.

Was nun den in Rede stehenden Punkt selbst anlangt, so ist unverkennbar Dasjenige, was die Wiederkläger als das in den Nordamerikanischen Staaten und speciell auch zu Boston geltende Recht bezeichnen, im hohen Grade singulair. Sie behaupten, daß der Schiffer nach dortigem Rechte die Folgen eines jeden Feuerschadens, welcher sich an den zu transportirenden Gegenständen auf andere Weise als in Veranlassung eines Blitzstrahls ereigne, zu tragen habe, ohne Rücksicht darauf,

wenn auch etwa die Wirkung des Feuers als eine den Umständen nach unabwendlich gewesene anzusehen sein sollte. — Dies steht mit den Principien, welche in dieser Materie den Seerechten sowohl älterer als neuerer Zeit, wenigstens der weit überwiegenden Mehrzahl nach, zu Grunde liegen, im Widerspruche. Und wenn der von den Wiederklägern hiefür citirte

Kent Comm. II. S. 597 flg.

die Meinung aufstellt, daß die von ihm vertretene umfangreiche und derjenigen eines Versicherers in den meisten Punkten gleichkommende Verantwortlichkeit des Schiffers aus dem Röm. Rechte — welches allerdings im Wesentlichen die Grundlage des in Betracht gezogenen Theils der geltenden Seerechte bildet — zu rechtfertigen sei, so ist dies ein Irrthum. Denn weder, weil der Frachtcontract eine locatio conductio operis ist, haftet der Schiffer für die Gefahr der zu transportirenden Gegenstände,

L. 11 § 3, L. 13 § 1, L. 25 § 7, D. locati 19, 2,

noch führen die Grundsätze vom receptum auf das bezeichnete Resultat hin. Freilich erweitern die letztgedachten Grundsätze die Verantwortlichkeit des Schiffers so, daß, während er nach den Principien des Miethcontractes schon frei ist, si sine culpa ejus res perut vel damnum est, er in Betreff recipirter Gegenstände für Untergang und Beschädigung haftet, nisi si quid damno fatali contingit

L. 3 § 1 D. nautae caupones 4, 9,

allein der Begriff des damnum fatale wird zu eng aufgefaßt, wenn man ihn nur auf unmittelbare und absolut unwiderstehliche elementarische Wirkungen bezieht. Schon die in der L. 3 cit. selbst aufgeführten Beispiele, unter welchen auch vis piratarum angegeben wird, würde jene Auslegung als bedenklich erscheinen lassen, allein jeder Zweifel wird dadurch beseitigt, daß in der, gleich der L. 3 von Ulpian herrührenden

L. 52 § 3 D. pro socio 17, 2,

damna fatalia definirt und zwar als diejenigen bezeichnet werden, denen durch Vorsicht nicht vorgebeugt werden kann, wobei

unter Anderem auch incendium als Beispiel eines solchen damnum erwähnt wird,

vergl. auch L. 18 D. commodati 16, 3, L. 6 C. de pignorat. act. 6, 24.

Damit übereinstimmend haben der Regel nach die Seerechte den Schiffer dann immer für nicht verhaftet erklärt, wenn er durch nicht vorherzusehen gewesene, unabwendliche äußere Einwirkungen an der Lieferung der zu verschiffenden Gegenstände überhaupt oder im unbeschädigten Zustande verhindert wurde, gleichviel, ob die causa nocens eine unmittelbar elementarische war, oder nicht.

Hievon zeugt denn auch die seerechtliche Praxis, wie sie notorisch besteht, und kann es hiebei unerörtert bleiben, ob nicht das Hamb. Recht in Betreff der Grundsätze des receptum noch weiter zu Gunsten des Schiffers geht.

Traf zufolge des Bisherigen die Wiederkläger die Beweislast, insofern sie singulaire, oder doch vom Gewöhnlichen abweichende Sätze eines ausländischen Rechts ihren Anträgen zu Grunde legten, so fragte es sich noch, ob etwa Dasjenige, was aus den von ihnen in Bezug genommenen Autoren hervorgeht, geeignet ist, die Beweislast zu verändern. Nun läßt es sich freilich nicht verkennen, daß nicht unerhebliche Beweismomente in den Aeußerungen jener Schriftsteller zu Gunsten der wiederklägerischen Auffassung liegen, allein, wie das Ober-Appellationsgericht beständig festgehalten hat, so kann der Umstand, daß für den einer Partei obliegenden Beweis einzelne dienliche Momente in den Acten liegen, eine Veränderung der Beweislast nicht motiviren,

vergl. z. B. C. E. Schwenger c. Meyne, 31. Dec. 1840,

woran denn auch in der vorliegenden Sache festzuhalten war.

Den Wiederklägern wird es selbstverständlich freistehen, auch der in den Acten bereits angezogenen Rechtsschriftsteller, so weit wie thunlich, bei ihrer Beweisführung sich zu bedienen.

II) Die zweite Beschwerde der Wiederkläger beruhet auf der Behauptung, daß ihnen für alle Fälle, wie auch über die Beweislast in Betreff des zu Boston geltenden Rechtes zu

erkennen gewesen sein möge, der Beweis einer culpa des Capitain Brenholm, oder der Vertreter desselben — etwa des Steuermanns Blatchford, oder des Agenten des Schiffes — hätte verstattet werden müssen.

Das Handelsgericht hat von den zur Begründung eines Verschuldens des Schiffers angeführten Umständen nur den Einen für relevant erachtet, wenn der Schiffer durch nicht gehörige Beschleunigung der Verladung den Schaden herbeigeführt haben sollte. Demgemäß hat es, unter Beseitigung des auf diesen Punkt bezüglichen sonstigen wiederklägerischen Vorbringens, den Appellanten den Beweis jenes Umstandes verstattet. Das Obergericht hat dagegen diese Beweisauflage aufgehoben, weil von Seiten der Wiederkläger keine factischen Angaben mit genügender Präcision gemacht seien, auf Grund deren dem Schiffer oder dessen Vertretern eine in einem Causalnexus mit dem Verlust der Waare stehende culpa zur Last gelegt werden könne.

Hierin war dem Obergerichte beizustimmen. Nach demjenigen, was die Wiederkläger selbst angeführt haben, hat nämlich Capitain Brenholm weder seine Ladungsbereitschaft zu früh erklärt, noch ist mit der Einladung der nach dem Werft gelieferten Güter in ungehöriger Weise langsam verfahren worden.

Am 25. April legte das Schiff nach Lincolns wharf zu dem Zwecke, um dort beladen zu werden. An demselben Tage wurde der Frachtcontract zwischen den Abladern Goßler & Co. und den Agenten des Schiffes Cobb & French geschlossen, auch den Ersteren angezeigt, daß das Schiff zur Einnahme von Ladung bereit sei. An demselben oder am folgenden Tage — das Genauere entsinnt sich der Theilhaber der Firma Goßler & Co., Abners Ringman, von dem die abseiten der Wiederkläger vorgelegte Declaration

Hand.-Ger.-Acten [6]

ausgestellt ist, nicht — sind 18 Tons Granadilla-Holz und am Morgen des 27. April 157 Säcke Salpeter und 14 Ballen Häute nach dem Werft geschickt worden. Von den 18 Tons

Holz ist der bei weitem größere Theil, nämlich fast 14 Tons, vor dem Feuer verladen, ein Gleiches hat in Betreff von 124 Säcken Salpeter stattgefunden; dagegen sind etwas über 4 Tons Holz und 33 Säcke Salpeter verbrannt und 14 Ballen Häute durch das Feuer schwer beschädigt worden.

Nun liegt es in der Natur der Sache, daß die Aufforderung der Ablader zur Heranbringung der Waaren nicht genau so beschafft werden kann, daß immer nur so viele und gerade solche Waaren an die Seite des Schiffs gebracht werden, um einerseits ohne alle Unterbrechung das letztere beladen zu können, andererseits niemals eine Anhäufung der Waaren Statt finden zu lassen. Im Gegentheil, da das Herbeischaffen der Waaren in gewisser Maaße von der Convenienz, jedenfalls von der größeren oder geringeren Diligenz der Ablader abhängt, da ferner die herangebrachten Waaren nicht ohne Weiteres in der Reihenfolge, worin sie ankommen, verladen und verstauet werden können, da es hiebei auf die Beschaffenheit und Gestalt der resp. Waaren ankommen kann, so ist es unvermeidlich, daß zeitweilig Unterbrechungen in der Beladung oder doch Ansammlungen von Waaren auf kurze Zeit eintreten, wie denn wegen der Unvermeidlichkeit solcher Vorkommnisse und weil außerdem manche Arten von Waaren bei regnigtem Wetter nicht exponirt werden dürfen, auf den Ladeplätzen der hier in Betracht kommenden Art eigends Waarenschuppen, „sheds“, errichtet sind, welche zur Unterbringung der nicht sofort zu verladenden Gegenstände dienen.

Das ohnehin nach Wahrscheinlichkeit anzunehmende Zusammentreffen der Waaren mehrerer Ablader wird denn auch durch den Inhalt der Acten außer Zweifel gestellt. Denn der Correspondent von J. D. Mutzenbecher Söhne, C. H. F. Möring, schickte ausweise der von ihm in dem mehrerwähnten anderen Prozesse beigebrachten receipts am 25. April 80 oder 81, und am 27. April 320 Säcke Salpeter nach dem Abladeplatze und aus der in Bezug genommenen Declaration des Capitain Brenholm und Genossen geht hervor, daß bis zur

Zeit des Feuer-Ausbruches an Salpeter 1448 Säcke nach dem Werft geliefert worden waren.

Da es nun einleuchtend ist, daß unter Umständen, wie solche hier vorliegen, kein Ablader befugt sein kann, darüber Beschwerde zu führen, wenn etwa seine Waaren um ein Geringes später als andere, wenn gleich vielleicht um ein Weniges später an den Platz der Beladung gelieferte Güter in das Schiff gebracht sein sollten, so war unbedenklich anzunehmen, daß es an der factischen Begründung des Vorwurfs einer culpa des Schiffers oder dessen Vertreter fehle, und daß demzufolge die handelsgerichtliche Beweisnachlassung mit Recht beseitigt sei.

III.) Die Wiederkläger haben endlich gegen die Formulirung des Beweissatzes Beschwerde erhoben, ohne daß jedoch Veranlassung vorhanden wäre, ihren Anträgen zu entsprechen.

Im Wesentlichen sind nun folgende zwei Monita vorgebracht:

1) Die Worte „Werfte, von welchem aus die Waare verschifft werden sollte," entsprächen nicht dem wirklichen Thatbestande und seien außerdem verleitlich. Ersteres, weil eine Uebereinkunft zwischen den Partheien, daß die Waare gerade vom Werfte aus verschifft werden sollte, nicht existirt habe, letzteres, weil aus jenen Worten geschlossen werden könne, daß die Ablader ein Interesse gehabt hätten, die Waare erst auf dem Werft zu lagern. Diesem Einwande kann keine Bedeutung beigemessen werden. Durch die Fassung des betreffenden Theils des Beweissatzes ist nur die factische Lage der Sache zu der Zeit bezeichnet worden, zu welcher der in Rede stehende Unfall sich ereignete. Dies ist in richtiger Weise geschehen. Eine Verleitlichkeit jener Fassung ist nicht anzunehmen.

2) Die Wiederkläger stellen die Behauptung auf, der Umstand, daß die Feuersbrunst und deren Verbreitung bis zu dem betreffenden Werfte von dem Schiffer nicht verschuldet gewesen sei, habe nicht mit berührt werden sollen; jedenfalls sei die Schuldlosigkeit nicht in so markirter Weise, wie in dem Beweissatze geschehen, hervorzuheben gewesen. Nun

durfte aber die Erwähnung, daß das Feuer ein in Beziehung auf den Schiffer casuelles gewesen sei, nicht fehlen, wenn die zu beantwortende Rechtsfrage rein und richtig hingestellt werden sollte, und in der Ausdrucksweise der Beweisformel liegt Nichts, was für die Wiederkläger zu bedenklichen Folgen führen könnte. — Ob ferner, was die Letzteren ebenfalls zur Sprache bringen, das Feuer „in der Nachbarschaft des Werfts" oder „auf demselben selbst" ausgebrochen sei, mußte für gleichgültig gehalten werden, sobald nur, wie vom Obergerichte geschehen, die casuelle Natur in Beziehung zum Schiffer mit Bestimmtheit hervorgehoben war.

№ 33.

In Sachen Herrn **Dris. juris Gustav Moenck**, Supplicatens, ad supplicas Licentiat **G. Mönckeberg** als exec. testam. von **H. P. Moenck Wwe., Sophie Elisabeth** geb. **Emanuel**, Supplicantens. (Anwald **Dr. J. A. Des Arts**.)

Das ganze Interesse an diesem Falle, dessen materieller Inhalt aus den mitgetheilten Erkenntnissen unschwer zu entnehmen sein dürfte, beschränkt sich für unsere Zwecke etwa auf die beiden folgenden vom Oberappellationsgerichte aufgestellten Sätze:

1) Eine Privatjustizsache liegt überall vor, wo Jemand behauptet, in seinem Privatrechte verletzt zu sein und zwar auch nach gemeinem Rechte, indem es nach diesem keinen Zweifel unterliegt, daß auch Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sobald dabei Privatrechte geltend gemacht werden, gleichviel, ob der Richter, dem die voluntaria jurisdictio zusteht, dabei von Amtswegen, oder auf Antrag eines Gegners verfährt, zu den Justizsachen gehören.

2) In Fällen, wo man über eine Verfügung sich beschwert, die das Obergericht kraft der ihm zustehenden jurisdictio voluntaria getroffen hatte, und wo es an einem Gegner fehlt, ist die Extrajudicialappellation das allein zulässige Rechtsmittel.

Obergerichtliches Decret
vom 2. Mai 1856.

Da der Supplicat, Herr Dr. Gustav Moenck, in seiner so rubricirten submissio erklärt, die testamentarische Verfügung der verstorbenen Wwe. Moenck. geb. Emanuel, nicht anfechten zu wollen, dieselbe aber sothane Verfügung keineswegs davon abhändig gemacht hat, daß eine der von ihr namhaft gemachten Personen den Auftrag annehme, vielmehr, da auch vom Supplicaten nicht bestritten wird, daß keine derselben dazu bereit ist, dem Obergerichte die Ernennung eines solchen Administrators obliegt, Supplicat endlich gegen die Person des dazu jetzt in Vorschlag gebrachten Herrn Dris. Hermann Poelchau nichts eingewandt hat; daß der gedachte Herr Dr. Herm. Poelchau, wiewohl im Uebrigen den etwaigen Gerechtsamen des Supplicaten in Beziehung auf die Verfügungen des Testaments der Wwe. Moenck, geb. Emanuel, und dessen Additamentes unbeschadet, zum Administrator des dem Supplicaten danach zufallenden Antheils an dem Nachlasse zu ernennen, gegenwärtiges Decret auch, eines dawider etwa einzuwendenden Rechtsmittels ungeachtet, für provisorisch vollstreckbar zu erklären. Eine Ausfertigung dieses Decretes ist dem Herrn Dr. Poelchau zu insinuiren, et comm. übrigens an Herrn Licentiat Mönckeberg als exec. test. Wwe. Moenck, geb. Emanuel.

Obergerichtliches Decret
vom 19. Mai 1855.

(Auf supplicatische Appellations-Einlegung.)

Da es sich hier lediglich um eine vom Obergericht als Oberaufsichtsbehörde über die Aufrechthaltung testamentarischer Verfügungen getroffene Bestimmung handelt, wogegen nach § 1 sub d. der Appellabilitäts-Verordnung eine Appellation nicht Platz greift, überdies nicht einmal dem §. 161 der

Gerichtsordnung für das Oberappellations-Gericht gemäß die Beschwerden speciell angeführt worden sind;

daß der übrigens rechtzeitig wider das obergerichtliche Decret vom 2. Mai d. J. interponirten Appellation nicht zu deferiren. Das supplicatum ist ad notitiam zu communiciren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 29. December 1856.

(Auf supplicatische Appellation.) Vermögens-Verwaltung, jetzt abgeschlagene Appellation und nachgesuchte Restitution betreffend.

Daß der Appellant des für diese Instanz nachgesuchten Creditrechts für verlustig zu erklären, und in der Sache selbst zwar die Formalien der angebrachten Beschwerde über den Abschlag der Appellation für gewahrt zu achten, Materialien anlangend aber das Decret des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 19. Mai d. J., wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz, zu bestätigen, auch die Restitution als unbegründet abzuschlagen sei;

und sollen nunmehr die Voracten an das Obergericht zurückgesandt, und dasselbe zugleich um Zustellung einer Abschrift dieses Erkenntnisses an den Lict. G. Mönckeberg, sowie auch um Einziehung der hieselbst erwachsenen Kosten von dem Appellanten, ersucht werden.

Entscheidungsgründe.

Das Obergericht hat das vom Supplicaten gegen den Bescheid vom 2. Mai d. J. eingewandte Rechtsmittel zunächst

A) deshalb als unzulässig abgeschlagen, weil es sich hier lediglich um eine von Ihm als Oberaufsichtsbehörde über die Aufrechthaltung testamentarischer Verfügungen getroffene Bestimmung handle, gegen welche nach §. 1 sub d der Appellabilitäts-Verordnung überall keine Appellation statthaft sei.

Diesem Grunde konnte nicht beigetreten werden, vielmehr war das vorliegende Rechtsmittel an sich für zulässig zu erachten. Es ist nämlich

1) die angefochtene Entscheidung des Obergerichts in einer Privatjustizsache ergangen. Eine solche liegt überall vor, wo Jemand behauptet, in seinem Privatrechte verletzt zu sein, und zwar sowohl nach allgemeinen Begriffen, als auch nach gemeinem Rechte, indem es nach Letzterem keinem Zweifel unterliegt, daß auch Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sobald dabei Privatrechte geltend gemacht werden, gleichviel, ob der Richter, dem die voluntaria jurisdictio zusteht, dabei von Amtswegen oder auf Antrag eines Gegners verfährt, zu den Justizsachen gehören.

R. A. von 1594 §. 94.

Nun behauptet aber der Appellant, in dem Additament zum Testament seiner verstorbenen Tante H. P. Moenck Wwe. sei die Entziehung der freien Verfügung über das ihm von der Testirerin in ihrem Testamente Hinterlassene und die Anordnung einer Verwaltung dieses Vermögens an die Bedingung geknüpft, daß die von der Testirerin mit der Verwaltung beauftragten Personen diesen Auftrag übernehmen würden, so daß, da sie sich dessen weigerten, die ganze beschränkende Verfügung des Additamentes hinwegfalle, und ihm, dem Appellanten, das nach dem Testamente ihm Zukommende zu eigener Verwaltung ausgekehrt werden müsse, und er ficht deshalb die vom Obergerichte, wenn gleich unbeschadet seiner etwaigen Rechte aus dem gedachten Testamente, verfügte Bestellung des Dr. Poelchau zum Administrator als eine dem Testament widerstreitende an. Wäre sie dies, so läge unverkennbar eine Verletzung von Privatrechten vor, und folglich genügt die Behauptung des Appellanten, daß sie es sei, um die gegenwärtige Sache zu einer Privatjustizsache zu machen. — Ist sie aber dies, so kann

2) auch die Bestimmung der Appellabilitäts-Verordnung I, §. 1 sub d, nicht für die Unzulässigkeit des vorliegenden Rechtsmittels geltend gemacht werden. Denn der §. 1 cit.

bezeichnet in dem allgemeinen voranstehenden Satze als solche Sachen, welche als privatrechtliche ihrer Natur nach nicht anzusehen seien, nur Streitigkeiten in Gesetzgebungs-, Regierungs-, Cameral-, Administrations-Polizei und überhaupt alle öffentliche Sachen. Mithin können unter den sub d. gedachten Verfügungen einzelner Behörden, gegen welche eine Beschwerde im Justizwege unstatthaft sein soll, keine Verfügungen gemeint sein, welche, wie hier, das Obergericht als richterliche Behörde in einer Privatjustizsache erlassen hat, und zwar um so weniger, als sonst in der That alle und jede Appellation gegen richterliche Entscheidungen ausgeschlossen sein würde.

Dagegen hat das Obergericht

B) die vorliegende Appellation mit Recht aus dem Grunde abgeschlagen, weil der Appellant gegen die ausdrückliche Vorschrift des §. 161 der Oberappellationsgerichts-Ordnung unterlassen hat, bei Einwendung der Appellation seine Beschwerden namhaft zu machen. Denn

1) daß hier, wo das Obergericht kraft der ihm zustehenden jurisdictio voluntaria eine Verfügung getroffen hat, und wo es an einem Gegner fehlt, die Extrajudicial-Appellation das allein zulässige Rechtsmittel ist, unterliegt keinem Zweifel, indem es durchaus keinen Unterschied machen kann, daß das Obergericht zur Ausübung der als Behörde für die Aufrechthaltung testamentarischer Verfügungen ihm zustehenden Befugniß durch den Antrag des Testamentsexecutors veranlaßt worden ist, und eben so wenig der Umstand, daß Es über den Antrag des Testamentsexecutors den Appellanten zuvor vernommen hat, geeignet erscheint, der Sache den Character einer contentiösen zu geben, und zwar um so weniger, als dies in solchen Fällen das ganz gewöhnliche Verfahren ist. Auch konnte

2) der Umstand, auf den der Appellant sich beruft, daß er in seiner Submissionsschrift beim Obergerichte seinen Widerspruch gegen die vom Testamentsexecutor beantragte Verfügung bereits umständlich begründet hatte, ihn selbstverständlich von der Beobachtung des §. 161 cit. nicht dispensiren,

Zwar hat nun

C) der Appellant in gegenwärtiger Instanz gebeten, ihm gegen die eingetretene Desertion der Extrajudical-Appellation Restitution zu ertheilen. Allein diesem Gesuche stand nicht zu deferiren, da es für eine zu gewährende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in diesem Falle nicht nur an jeder justa causa fehlt, sondern sogar ein eigenes Verschulden des Appellanten vorliegt, gegen dessen Folgen nach bekannten Rechtsgrundsätzen keine Restitution zulässig ist. Und wenn der Appellant es geltend macht, daß er, obwohl Rechtsgelehrter, doch seit acht Jahren ohne Praxis und ohne Bücher sich befinde, so vermag dieser Umstand sein Versehen zwar zu erklären, nicht aber zu entschuldigen, zumal für ihn nichts im Wege stand, sich in dieser Sache eines anderen Rechtsgelehrten zu bedienen.

War somit die Beschwerde über verweigerte Appellation, so wie die nachgesuchte Restitution abzuschlagen, so mußte der Appellant auch in die dadurch erwachsenen Kosten verurtheilt, und er zugleich des von ihm erbetenen Creditrechts, da er der ihm gemachten Auflage, ein obergerichtliches Armuthszeugniß beizubringen, nicht nachgekommen ist, für verlustig erklärt werden.

№ 34.

In Sachen **Carl Joachim Christian Bracker**, Klägers, (Anwald **Dr. C. J. Heinsen** in den unteren Instanzen; in dritter Instanz **Dr. J. G. Gallois**), contra Herrn **Drem. Albrecht** mand. noie Herrn **Dris. med. H. W. Spengel**, Beklagten. (Anwald **Dr. S. Albrecht**.)

A. Rechtsfall:

Der Kläger hatte nach vorhergegangener polizeilicher Untersuchung gegen den Beklagten eine Klage auf Entschädigung erhoben, weil ein von diesem seiner, des Klägers, Frau zum Stillen übergebenes Kind ihn mit seiner ganzen Familie syphilitisch angesteckt habe.

B. Rechtssätze:

1) Die Aussprüche des Gesundheitsrathes, welchem keine richterliche oder ausübende Gewalt zusteht, begründen nicht ohne Weiteres formelle Wahrheit, die für den urtheilenden Richter unter allen Umständen maaßgebend sein müßte, sondern kommen nur als Gutachten Sachverständiger in Betracht.

2) Um einen Causalzusammenhang zu constatiren, bedarf es nicht nothwendig eines directen Beweises; derselbe ist vielmehr regelmäßig im Wege der Schlußfolgerung juristisch herzustellen, und zu einer solchen genügt es, wenn die betreffenden Thatsachen in einem solchen nahen äußeren Zusammenhange zu einander stehen, daß, dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zufolge, angenommen werden kann, die eine sei aus der andern hervorgegangen.

3) Der Arzt haftet für jedes bei der ärztlichen Behandlung der fraglichen Angelegenheit begangene, Schaden bringende Verschulden, einerlei, ob dasselbe in einem unmittelbaren positiven Einwirken auf den Körper des Klagenden oder in Anempfehlung resp. thatsächlicher Billigung eines der Gesundheit schädlichen Verhaltens, oder endlich in Unterlassung der zur Abwendung nachtheiligen Folgen seines eigenen ärztlichen Verfahrens dienlichen Mittel bestanden hat.

Niedergerichtliches Erkenntniß
vom 13. Juli 1855.

Da zufolge § 29 der Medizinal-Ordnung vom 20. Februar 1818 der hiesige Arzt dem ordentlichen Gerichtsstande unterworfen, und, nach Vorschrift der Gesetze, für jeden Nachtheil verantwortlich ist, der erweislich durch seine Schuld für Leben oder Gesundheit der Menschen entsteht; da diese Verantwortlichkeit, abgesehen von der Frage: ob außerdem zugleich die dort erwähnte gesetzmäßige Bestrafung verwirkt sei, zunächst einen Anspruch auf Ersatz des verursachten, nach Grundsätzen des Civilrechts zu bemessenden, Schadens begründen muß; da der zweite Theil des angeführten § 29 dem Hochweisen Rathe die disciplinarische Aufsicht über die hiesigen Aerzte in dem Umfange übertragen hat, daß jener Behörde

wegen nachlässiger Behandlung von Kranken oder wegen Immoralität die Befugniß zur Remotion von der ärztlichen Praxis gesetzmäßig zusteht, wonach es um so weniger einem Zweifel unterliegen kann, daß das einen Verweis und die Androhung der Suspension von der Praxis aussprechende conclusum E. H. Raths vom 6. December 1854 in Ausübung dieser Disciplinargewalt, und zwar gestützt auf den, in dem für diesen Zweck geforderten gutachtlichen Bericht der ärztlichen Mitglieder des Gesundheitsraths motivirten Majoritäts-Ausspruch, erlassen wurde; da dieser, der Verfügung des Senates wörtlich und ausschließlich zum Grunde liegende Ausspruch dahin lautet, daß Herr Dr. Spengel in der fraglichen Angelegenheit, wenn gleich allerdings in gutem Glauben, doch nicht mit der ihm obliegenden gewissenhaften Sorgfalt und Ueberlegung gehandelt habe, und daß er deshalb von dem Vorwurf einer Verschuldung und Fahrlässigkeit nicht freizusprechen sei; da die rechtliche Begründung der vor diesem Gericht angestellten Schadens- und Satisfactionsklage durch das Zusammentreffen der beiden Voraussetzungen bedingt wird, daß der Kläger oder die durch ihn vertretenen Personen einen Schaden durch das Verfahren des Beklagten erlitten, sowie daß Beklagter gegen sie zum Ersatze dieses Schadens durch eine ihn treffende Verschuldung verpflichtet sei; da, anlangend die erste dieser Voraussetzungen, nach den Anführungen des Klägers seine Familie mittelst Ansteckung durch das syphilitische Stelling'sche Kind erkrankt sein soll; da die Frage: ob diese Behauptung für eine gerichtliche Verurtheilung gehörig begründet sei oder nicht, nur nach Grundsätzen der medizinischen Wissenschaft beantwortet werden kann, und vom Kläger selbst am Schlusse seiner Replik ausdrücklich eingeräumt wird, daß darüber nicht auf die Benutzung der sonst gewöhnlichen Beweis- und Gegenbeweismittel zu interloquiren, sondern nach dem in den requirirten Untersuchungs-Acten vorliegenden Material zu entscheiden sei; da aber sämmtliche ärztliche Mitglieder des hiefür competenten Gesundheitsrathes in ihrem Gutachten dahin übereinstimmen, daß eine Ansteckung der klägerischen Ehefrau nicht erwiesen sei, und daß

darüber ein wissenschaftlicher, d h. der für den Richter erforderliche Beweis im vorliegenden Falle sich nicht führen lasse, wonach darauf, in welchem Grade die unerweisliche Thatsache von den einzelnen Mitgliedern für möglich oder für wahrscheinlich gehalten sein mag, nichts ankommt; da es, bei sonach nicht erbrachtem Causalnexus zwischen dem Verfahren des Beklagten und der Erkrankung der klägerischen Familie, einer Entscheidung darüber, ob eine zur Verurtheilung des Herrn Dr. Spengel genügende, gegen den Kläger begangene Verschuldung desselben schon ohne Weiteres anzunehmen sein würde, nicht bedarf; da jedoch, in Betreff des Kostenpunktes, der Kläger in dem am Schlusse des Senats = Conclusi vom 6. December vor. Jahres ausgedrückten Vorbehalt von Civilansprüchen für die Betheiligten einige Veranlassung finden mochte, die Geltendmachung solcher Ansprüche zu versuchen:

daß Kläger mit der von ihm angestellten Klage, unter Compensation der Prozeßkosten, abzuweisen sei.

Obergerichtliches Erkenntniß
vom 14. Sept. 1855.
(Auf klägerische Appellation.)

Da die Beurtheilung dieser Sache vom Niedergerichte mit Recht von den beiden Fragen: einmal einer Verschuldung des Beklagten und dann des Causalnexus zwischen dieser Verschuldung und dem dem Kläger und seiner Familie entstandenen Schaden, abhängig gemacht ist;

da, was die erste Frage betrifft, eine Verschuldung des Beklagten schon deshalb angenommen werden muß, weil es in der medicinischen Wissenschaft überaus controvers ist, ob die hereditaire, wenn auch nur in der secundairen Form erscheinende, Syphilis ansteckend sei oder nicht, indem es unter solchen Umständen dem Arzt vor dem Gesetz nicht verstattet sein kann, eine Amme, ohne ihre ausdrückliche Einwilligung — seine subjective Ansicht von der Controverse mag sein welche

sie wolle — der Gefahr der Ansteckung auszusetzen und gleichsam auf Rechnung von ihrer Gesundheit und ihrem ganzen Wohl und Wehe zu experimentiren, die Pflicht des Arztes, eine solche ausdrückliche Zustimmung zu erwirken, auch nicht ersetzt werden kann durch eine der Amme gemachte generelle Bemerkung, daß das Kind an einer bösen ansteckenden Krankheit leide, eine Bemerkung, welche um so weniger ausreichen kann, als man selbst im gewöhnlichen Leben diese, durch ihre besondere Bösartigkeit ausgezeichnete, Species der ansteckenden Krankheiten, mit ihrem Eigennamen zu bezeichnen und nicht unter der generellen Bezeichnung zu begreifen pflegt, wie dies auch aus der Unterhaltung hervorgeht, welche der Beklagte und die klägerische Ehefrau, nach Nr. 19 pag. 18 der Untersuchungs-Acten, vor der Uebernahme des Kindes, abseiten der Letzteren, gehabt haben und bei welcher die Frau Bracker ihre Arglosigkeit über die Natur der vom Beklagten allgemein angedeuteten ansteckenden Krankheit, durch die Hinweisung auf ein Unwohlsein ihres Ehemannes und die Art, wie derselbe geheilt worden, auf das Deutlichste zu erkennen gab;

da ferner, was den erforderlichen Causalnexus betrifft, der Beklagte, welcher als Sachverständiger die klägerische Ehefrau für eine taugliche Amme des Stelling'schen Kindes erklärt hat, (pag. 12 except.) selbstverständlich den Einwand nicht würde machen dürfen, daß dieselbe, schon ehe sie das gedachte Kind auf die Brust genommen, syphilitisch gewesen sei, unter Berücksichtigung dieser Sachlage aber, nach Maaßgabe des vom Gesundheitsrathe erstatteten Gutachtens, eine so dringende Wahrscheinlichkeit für die Ansteckung der klägerischen bis dahin gesunden Ehefrau (und demnächst deren Mannes und ihrer Kinder) durch das ihr an die Brust gegebene Kind entsteht, daß Kläger um so weniger mit einem weiteren Beweise bebürdet werden darf, als hier überall, der Natur der Sache nach, nur ein künstlicher Beweis möglich ist;

daß das niedergerichtliche Erkenntniß a quo, vom 13. Juli d. J., unter Compensation der Kosten dieser Instanz, wieder aufzuheben und Beklagter in einem vom Nieder-

gerichte anzusetzenden Termine, dem Kläger Gegenbeweis und sonstige Gerechtsame vorbehältlich, den Beweis:

daß die Ehefrau des Klägers und deren Familie anderweitig mit Syphilis angesteckt worden,

zu führen schuldig sei.

Es werden im Uebrigen den Parteien wegen alles sonst Vorgebrachten Gerechtsame im weitesten Umfange vorbehalten. Und ist die Sache mit den wieder zu versiegelnden Acten an das Niedergericht zu remittiren.

Ober-Appellationsgerichtliches Erkenntniß vom 30. December 1856.

(Auf beklagtische Appellation.) Schadensansprüche betreffend.

Daß zwar die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu erachten, in der Sache selbst aber das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 14. September 1855, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz, zu bestätigen sei.

Und wird die Sache nunmehr zum weiteren Verfahren an das Niedergericht zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe.

I) Kläger hat im Laufe der Verhandlungen

A) darauf sich berufen, daß in den Senats-Decreten vom 6. December 1854 und 28. März 1855 eine seine dermaligen Ansprüche begründende rechtskräftige Entscheidung zu finden sei. Jedoch mit Unrecht. Jene Decrete — sollte man sie auch als Criminalurtheile zu betrachten haben — sprechen nicht etwa aus, daß Beklagter den Familien Bracker und Fritz zum Schadensersatze verpflichtet sei, sondern sie behalten nur den Betheiligten ihre Civilansprüche vor, verweisen also die Frage, ob dergleichen anzuerkennen seien, in ihrem vollen

Umfange vor den Civilrichter. Freilich liegt der gegen den Beklagten erlassenen Ahndung die Annahme, daß derselbe in schuldvoller Weise verfahren, unzweifelhaft, und, wie es scheint, auch die zu Grunde, daß er durch sein Verfahren die Erkrankung der Familie des Klägers veranlaßt habe. Allein deshalb sind diese Puncte noch nicht als in einer für den Civilrichter praejudiciellen Weise festgestellt anzusehen. — Eben so wenig kann

B) dem Kläger darin beigestimmt werden, daß durch die zu den adjungirten Untersuchungs-Acten erstatteten Berichte der Majorität der ärztlichen Mitglieder des Gesundheitsraths die Frage, auf die es im vorliegenden Prozesse ankommt, in einer jede weitere Erörterung abschneidenden Weise für festgestellt zu erachten seien. Denn wiewohl diese Berichte als der officielle Ausdruck der Ansicht der genannten höchsten Medizinalbehörde allerdings angesehen werden müssen, so kommt doch dem Gesundheitsrathe keine richterliche oder ausübende Gewalt zu, sondern er ist bloß ein „rathgebender Verein";

Mediz. Ordnung vom 20. Februar 1818 § 3.

seine Ansprüche begründen also nicht ohne Weiteres formelle Wahrheit, die für den urtheilenden Richter unter allen Umständen maaßgebend sein müßte, sondern kommen nur als Gutachten Sachverständiger in Betracht. Die Klage konnte daher, wie auch von Anfang an geschehen,

II) nur auf die Thatsache selbst gegründet werden, daß durch ein Factum, für dessen Folgen Beklagter einzustehen hat, die Erkrankungen in der Familie des Klägers, aus welchen dieser seine Schadens- und Satisfactions-Ansprüche ableitet, herbeigeführt worden seien, und es hängt sonach die Entscheidung der vorliegenden Sache — womit auch die Auffassung der vorigen Gerichte im Wesentlichen übereinstimmt — von Beantwortung der beiden Fragen ab:

A) ob die Krankheit in der Familie des Klägers durch das von der Ehefrau desselben auf die Brust genommene Stelling'sche Kind verursacht worden sei,

und

B) ob Beklagter für diesen Erfolg civilrechtlich verantwortlich gemacht werden könne.

Zu A) ist vor allen Dingen in's Auge zu fassen, daß es für den Causalzusammenhang nicht nothwendig eines directen (in den meisten Fällen ganz unmöglichen) Beweises bedarf, derselbe vielmehr regelmäßig im Wege der Schlußfolgerung juristisch constatirt werden muß und zu einer solchen es genügt, wenn die betreffenden Thatsachen in einem solchen nahen äußeren Zusammenhange zu einander stehen, daß — dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zufolge — angenommen werden kann, die eine sei aus der anderen hervorgegangen, — ein Grundsatz, der nicht nur der Natur der Sache entspricht, sondern auch unverkennbar der Beurtheilung vieler in den Quellen vorkommenden Rechtsfälle unterliegt:

cf. z. B. L. 9 § 3, L. 11 § 2. 5, L. 27 § 22. 23. 24, L. 29 § 2. 4, L. 39 pr. D. ad Leg. Aquil. (9. 2)

und auch vom Oberappellations-Gericht zu wiederholten Malen — so noch neuerlich in der Hamburger Sache

Behrens c. Lambrecht, 1856 —

zur Anwendung gebracht worden ist. Geht man nun aber von diesem Grundsatze aus, so ist dem Obergerichte darin beizutreten, daß, so lange nicht eine anderweite Ursache nachgewiesen werden wird, die Krankheit des Stelling'schen Kindes als die Quelle der in der Familie des Klägers eingetretenen Erkrankungen juristisch angesehen werden muß.

Es ist bekannt und geht auch aus den zu den adjungirten Untersuchungs-Acten gekommenen Gutachten hervor, daß die Syphilis in einem Individuum nicht von selbst sich erzeugt, sondern nur in Folge einer Uebertragung abseiten anderer an diesem Uebel erkrankter Individuen entsteht. Im vorliegenden Falle muß nun

1) bis auf Weiteres davon ausgegangen werden, daß zu der Zeit, als die Ehefrau des Klägers das Stelling'sche Kind auf die Brust nahm (10. Juli 1853), so wenig sie selbst als

ein anderes Mitglied ihrer Familie syphilitisch inficirt war. Denn nicht nur streitet für die Freiheit des Menschen von einer derartigen Krankheit die Vermuthung, sondern es hat auch Beklagter eine gegentheilige Behauptung gar nicht aufgestellt, und wenn ihm gleich durch die vom Kläger nicht angegriffene allgemeine Beweisnachlassung des angefochtenen Erkenntnisses die Möglichkeit vorbehalten bleibt, noch jetzt eine solche Behauptung vorzubringen und zu erweisen, so muß doch, bis Letzteres geschieht, bei der Annahme, daß Kläger und seine Familie vor der fraglichen Zeit von der genannten Krankheit frei gewesen, stehen geblieben werden. -- Es ist sodann

2) außer allem Zweifel, daß das Stelling'sche Kind, als es der Ehefrau des Klägers auf die Brust gegeben wurde, syphilitisch erkrankt war. Beklagter hat dies in den auf seinen Antrag den Acten des gegenwärtigen Prozesses adjungirten und von ihm wiederholt in Bezug genommenen Untersuchungs-Acten wider die ꝛc. Stelling:

No. 16 p. 3. 4. No. 19 p. 15. 16 —

Anl. A. zum Exhib. vom 18. Jan. 1855 p. 3. 4,

zugegeben und im vorliegenden Civilprozesse nicht in Abrede gestellt. Weiter ist

3) durch das in den Untersuchungs-Acten enthaltene, mit den sonstigen Untersuchungs-Ergebnissen übereinstimmende Zugeständniß des Beklagten constatirt, daß, nachdem die Ehefrau des Klägers das genannte Kind mehrere Monate gestillt, und während sie dasselbe noch auf der Brust hatte (im Februar 1854) in dem Schlunde des Letzteren syphilitische Geschwüre zum Vorschein kamen und um dieselbe Zeit auch die gedachte Ehefrau, und zwar zuerst an den Brustwarzen, syphilitisch erkrankte.

cit. Unters.-Act. No. 3 No. 16 p. 5. 6. No. 19 p. 19. 20 —

Anl. A. cit. p. 6.

Auch muß

4) als feststehend angesehen werden, daß später die drei Kinder des Klägers, so wie der Letztere selbst von Syphilis

ergriffen worden sind und ein von dessen Ehefrau im Sept. 1854 geborenes, kurz darauf wieder gestorbenes Kind mit der gleichen Krankheit behaftet zur Welt gekommen ist.

cf. cit. Unters.-Act. No. 7, No. 12 pag. 15. 16, No. 15 cit. Anl. A. pag. 8 und Unters.-Act. betr. Legalsection des Kindes des 2c. Bracker.

N. Ger. Act. No. 2 p. 6,

vergl. mit No. 15 p. 16 sub 4.

Beklagter hat zwar im vorliegenden Prozesse darauf hingewiesen, daß nach dem Berichte des Physicats vom 3. Juli 1854 (No. 7) und der Angabe der Frau Bracker vom 24. deff. Monats (No. 12 p. 15. 16 der zuerst cit. Unters.-Act.) zwei der Kinder des Klägers von der Krankheit verschont geblieben seien; er hat aber die bereits in der Klage bestimmt aufgestellte und in der Replikschrift mit Rücksicht auf die eben hervorgehobene Rüge, näher erläuterte Behauptung, daß alle drei Kinder syphilitisch erkrankt seien,

N. Ger. Act. No. 19 p. 9.

nicht in Abrede gestellt; dieselbe ist vielmehr der ganzen Haltung der Vertheidigung nach, welche der dem Gutachten des Gesundheitsraths zu Grunde gelegten thatsächlichen Annahme, daß die drei Kinder syphilitisch erkrankt seien, nirgends widersprochen und überhaupt nur auf den mangelnden Nachweis des Causalzusammenhanges besonderes Gewicht gelegt hat, für stillschweigend eingestanden zu erachten. — Endlich liegt

5) bis daher keinerlei Anzeige für irgend eine specielle andere Ursache als die Berührung mit dem kranken Stelling'schen Kinde vor, auf welche die Erkrankungen zunächst der Ehefrau und dann auch der übrigen Familienglieder des Klägers zurückgeführt werden könnten. Beklagter selbst hat eine solche mit Bestimmtheit zu behaupten nicht vermocht, ja seine erste (am 9. Aug. 1854) in der Untersuchung abgegebene Erklärung

Unters.-Act. c. die Stelling No. 16

läßt kaum einen Zweifel darüber, daß er selbst damals der Ansicht gewesen ist, die Frau Bracker sei von dem oft genannten Kinde in der That angesteckt worden.

Vermöge der unter 1—5 hervorgehobenen Momente stehen die Krankheit des Stelling'schen Kindes einerseits und der Ehefrau und übrigen Familienglieder des Klägers andererseits in einem so nahen, durch keinerlei Gegenanzeigen geschwächten äußerem Zusammenhang, daß nach dem oben vorangestellten Grundsatze die juristische Annahme des Causalnexus bis zum Beweise einer anderen Ursache vollkommen begründet erscheint. Etwas Anderes hat offenbar auch der Ausspruch des Gesundheitsraths

Maj. Bericht (Prod. d. 27. Nov. 1854) p. 10. 11

nicht besagen sollen: daß für die Ansteckung der Familie des Klägers durch das Stelling'sche Kind zwar „der geschlossene wissenschaftliche Beweis" nicht zu führen, dieselbe aber „höchst wahrscheinlich" sei.

Dieser concreten Sachlage gegenüber erscheint die Behauptung des Beklagten, die er (wie vorhin unter No. 4 a. E. bereits hervorgehoben worden) gar nicht bei seiner ersten Auslassung in der Untersuchung, sondern erst später in dieser:

No. 19 p. 15. 22. cit. Anl. A.

und im gegenwärtigen Civilprozesse allerdings mit großer Entschiedenheit aufgestellt hat: daß das Stelling'sche Kind an einer solchen Form der Syphilis gelitten, in welcher diese Krankheit nicht übertragbar sei, als eine wahre Einrede, deren Beweis aber weder geliefert ist, noch — nach Lage der Sache — jetzt noch zu führen steht. Es kann nämlich

1) überall nicht als genügend festgestellt oder jetzt noch feststellbar angesehen werden, daß das Stelling'sche Kind an primairer Syphilis, über deren Uebertragbarkeit kein Zweifel herrscht, nicht gelitten. Beklagter hat in der Untersuchung selbst angeführt, daß die Mutter des Kindes, als er sie in's Freimaurer-Krankenhaus geschickt, an allgemeiner primairer und secundairer Syphilis gelitten,

No. 19 p. 22.

und wenn er später deren primaires Kranksein zu jener Zeit in Zweifel zu ziehen versucht hat,

cit. Anl. A.

so kann dies, jenem Geständnisse gegenüber, nicht in Betracht kommen. Er behauptet nun freilich, die Stelling sei, als sie 14 Tage später und unmittelbar vor ihrer Entbindung aus dem Krankenhause entlassen worden, vollständig geheilt gewesen.

Unters.=Act. No. 16 p. 1 und cit. Anl. A.

Allein mit dieser an sich schon unwahrscheinlichen Behauptung steht der Bericht des Krankenhaus=Arztes Dr. Sohege,

Unters.=Act. No. 16.

welcher nur von eingetretener „Besserung" spricht, im Widerspruche. Nun wird es nicht bezweifelt, daß das von einer primair syphilitischen Mutter geborne Kind während des Geburts=Actes oder unmittelbar nach demselben in primairer Weise syphilitisch inficirt werden könne,

cit. Major.=Bericht p. 8. 14.

Separatbericht (Prod. d. 27. Nov. 1854) p. 9. 10.

die Möglichkeit, daß das Stelling'sche Kind primair syphilitisch gewesen, erscheint also nicht ausgeschlossen; sie wird auch in dem Gutachten des Gesundheitsraths ausdrücklich anerkannt,

Major.=Bericht a. a. O.

und selbst von dem dissentirenden Mitgliede desselben nicht mit apodictischer Gewißheit verneint.

Separatbericht p. 11. 12.

Es muß aber auf diese Möglichkeit ein um so entschiedeneres Gewicht gelegt werden, als Beklagter selbst in der Untersuchung angegeben hat: er habe der Frau Bracker, als derselben das Kind auf die Brust gegeben worden, angedeutet, es leide dasselbe an einem bösen und ansteckenden Dinge, und als der Schlund des Kindes sich syphilitisch inficirt gezeigt, da habe er, berücksichtigend, daß sich von da bei dem Saugen die Infection leicht auf die Brustwarzen der Amme übertragen könne, das Anlegen des Kindes untersagt!

Unters.=Act. No. 16 p. 4. 5. 6.

War es aber, wie Beklagter selbst mit Bestimmtheit behauptet, zur Zeit der Uebergabe und auch noch später, bis er die Erkrankung der Ehefrau des Klägers wahrnahm, seine feste wissenschaftliche Ueberzeugung, daß die secundaire und bezie=

hungsweise hereditaire Syphilis nicht übertragbar sei, so konnte sich jene seine Befürchtung nur auf die Voraussetzung gründen, daß das Kind möglicherweise auch primair syphilitisch inficirt sein könne, und diese seine Voraussetzung giebt einen Grund mehr ab, solche Möglichkeit bei Beurtheilung des vorliegenden Falles nicht außer Augen zu lassen. — Allein

2) auch wenn man hievon absehen und sich lediglich daran halten wollte, daß das Kind — wie dies Beklagter unumwunden eingesteht — an in Form secundairer Syphilis aufgetretener angeerbter Syphilis gelitten, so steht doch der, nach Obigem dem Beklagten obliegende Beweis, daß die Krankheit in dieser Form nicht übertragbar sei, nach dem übereinstimmenden Ausspruche der vorliegenden Gutachten -- bei dem dermaligen Stande der über diese Frage geführten wissenschaftlichen Controverse — nicht zu liefern.

cit. Maj. Bericht p. 7. 8. 10 und 2ter Maj. Bericht (Exhib. v. 28. Febr. 1855) p 3. Separatber p. 8. 9.

Beklagter kann sich also auf eine solche Unübertragbarkeit zur Beseitigung des aus der concreten Sachlage auf den Causalzusammenhang zu ziehenden Schlusses nicht berufen.

Es bleibt demselben hiernach nur der vom Obergerichte ihm nachgelassene, klägerischerseits nicht angefochtene, Beweis übrig, daß die Ehefrau des Klägers und deren Familie anderweitig mit Syphilis angesteckt worden, — wobei es sich übrigens von selbst versteht, daß auch hier, nach dem oben vorangestellten Grundsatze, es einer directen Beweisführung nicht bedarf, Beklagter vielmehr seiner Beweispflicht schon dann genügt, wenn er das Vorhandensein eines anderweiten Umstandes darthut, der eben so gut wie das Stelling'sche Kind als der Ausgangspunct der Erkrankungen in der Familie des Klägers angesehen werden könnte.

Zu B). Anlangend die Frage, ob und aus welchem Grunde Beklagter für die durch das Stelling'sche Kind verursachten Erkrankungen in der Familie des Klägers civilrechtlich verantwortlich sei, so können die vom Kläger aufgestellten, aber vom Beklagten bestrittenen Behauptungen, daß der Letztere

es gewesen, der den Vertrag wegen Uebernahme jenes Kindes mit der Ehefrau des Klägers abgeschlossen, und daß er auf deren Frage: ob dasselbe auch an einer schlechten (syphilitischen) Krankheit leide, in welchem Falle sie es nicht nehmen wolle, eine verneinende Antwort gegeben, hier außer Betracht bleiben, indem, auch abgesehen von diesen Umständen, eine solche Verschuldung des Beklagten als vorliegend angenommen werden muß, welche ihn, nach den auf Grund der Lex Aquilia ausgebildeten Rechtsprincipien, für den hier vorliegenden Schaden haftbar erscheinen läßt.

1) Beklagter hat in der Untersuchung eingeräumt, daß das Kind „auf seine Verfügung" der Frau Fritz abgenommen, zur Stadt gebracht und der Ehefrau des Klägers auf die Brust gegeben worden, welcher er die größtmöglichste Vorsicht und Sorgfalt anempfohlen habe,

Unters.-Acten Nr. 16 pag. 3, 4,

und im vorliegenden Civilprozesse wenigstens das zugestanden, daß ihm von den Splitterschen Eheleuten, welche — seiner Behauptung nach — allein mit der genannten Ehefrau verhandelt, diese Letztere vorgestellt worden, damit er vor deren Engagement sich über deren Tauglichkeit als Amme ausspreche und ihr die ihm für die Behandlung des Kindes angemessen erscheinenden Vorschriften gebe.

Nied.-Ger.-Acten Nr. 15 p. 12, 14 in fin. 15, 21, Nr. 20 p. 17, 18.

Er ist also als Arzt in Beziehung auf das vorliegende Verhältniß, auch der Ehefrau des Klägers gegenüber, thätig gewesen, und es ist für die Verantwortlichkeit, die er in dieser Eigenschaft gegen die Letztere hat, ganz indifferent, daß — wie er behauptet — seine ärztliche Thätigkeit nur durch die Splitterschen Eheleute, und zwar zunächst im Interesse des Stelling'schen Kindes, veranlaßt worden ist, indem dies selbstverständlich ihn nicht berechtigen konnte, bei seinem Verfahren die Gesundheits-Interessen der Amme, die sich in dieser Beziehung ganz auf ihn verlassen durfte, außer Augen zu setzen. In der Eigenschaft eines Arztes aber haftet Beklagter der

Ehefrau des Klägers für ein jedes bei der ärztlichen Behandlung der fraglichen Angelegenheit begangene, ihr Schaden bringende Verschulden, einerlei, ob dasselbe in einem unmittelbaren positiven Einwirken auf ihren Körper oder in Anempfehlung resp. thatsächlicher Billigung eines ihrer Gesundheit schädlichen Verhaltens, oder endlich in Unterlassung der zur Abwendung nachtheiliger Folgen seines eigenen ärztlichen Verfahrens dienlichen Mittel bestanden hat.

Arg. L. 7 § 6, 8. L. 8 pr. L. 9 pr. D. ad Leg. Aquil. (9, 2).

2) Es fragt sich daher, ob dem Beklagten in der ärztlichen Behandlung der vorliegenden Angelegenheit ein Verschulden irgend einer Art der Ehefrau des Klägers gegenüber zur Last falle. Diese Frage aber muß bejahet werden. Entscheidend ist hier, daß das Kind, als es der Bracker, jedenfalls unter ärztlicher Billigung des Beklagten, auf die Brust gegeben wurde, bereits syphilitisch erkrankt war, und daß, abgesehen von der Möglichkeit einer primairen Infizirung desselben, die um so mehr mit in Berücksichtigung gezogen werden mußte, als eine Verwechselung primairer und secundairer Symptome leicht eintreten kann

Cit. Major.-Bericht p. 13, 15.
„ Special-Bericht p. 29

selbst bei der Unterstellung, daß nur secundaire oder hereditaire Syphilis vorliege, der derzeitige Stand der Controverse über Uebertragbarkeit dieser Krankheitsform ein solcher ist, daß der Arzt die Möglichkeit einer Uebertragung nicht als absolut ausgeschlossen ansehen darf und danach also auch seine Behandlung einzurichten hat. Sieht man aber — worauf Beklagter selbst provocirt — auf dessen subjectiven Standpunkt, so kann sein schuldhaftes Verfahren vollends einem Zweifel nicht unterliegen. Er machte, wie bereits hervorgehoben worden, die Ehefrau des Klägers bei Uebergabe des Kindes darauf aufmerksam, daß dessen Krankheit eine ansteckende sei, und verordnete, nachdem sich der Schlund des Kindes syphilitisch infizirt zeigte, in der Voraussetzung, daß nunmehr die Krankheit

sich leicht auf die Brustwarzen der Amme übertragen könne, dessen Abnahme. Er wurde also von Anfang an von der Ansicht beherrscht, daß die Krankheit des Kindes möglicherweise eine Ansteckung der Klägerin herbeiführen könne, und — mag diese Ansicht nun auf die Voraussetzung sich gegründet haben, daß das Kind primair infizirt sein könne, oder auf die, daß die secundaire resp. hereditaire Syphilis, an der es leide, die Ansteckung nicht ausschließe — in jedem Falle kann er sich jetzt nicht, zur Beseitigung der ihm vorgeworfenen culpa, darauf berufen, daß er berechtigt gewesen wäre, die Krankheit des Kindes als eine nicht übertragbare anzusehen. Es kann sich hiernach nur noch

3) um die besonderen Einreden handeln, die Beklagter, um den Vorwurf eines Verschuldens von sich abzuwenden, vorgeschützt hat. Als solche kommen in Betracht

a) die Behauptung, er habe der Ehefrau des Klägers, als derselben das Kind übergeben worden, gesagt, dieses leide an einer „bösen und ansteckenden" Krankheit. Daß jedoch die genannte Ehefrau durch diese Bemerkung noch nicht von der Natur der Krankheit als einer syphilitischen in Kenntniß gesetzt worden, ist klar, Beklagter selbst hat das Gegentheil nicht zu behaupten vermocht.

cf. O.-A.-G.-Act. [1] p. 30.

Es ist überdies durch die Untersuchung — worauf das Obergericht mit Recht Gewicht legt — festgestellt worden, daß Frau Bracker auf jene Eröffnung des Beklagten erwidert hat, „das habe Nichts auf sich, ihr Mann habe früher auch einmal an einer solchen Krankheit gelitten, und sei solche von ihr mit einer Salbe kurirt worden;"

Unt.-Act. Nr. 16 p. 5, Nr. 19 p. 18,

und hierdurch mußte dem Beklagten jedenfalls alsbald klar werden, daß die Bracker von der wahren Natur der Krankheit keine richtige Vorstellung habe, er hätte sie also jetzt noch vollständiger belehren müssen, was er indeß selbst nicht behauptet gethan zu haben. Beklagter konnte aber von der Verantwortlichkeit, welcher er — indem er die Uebernahme

des Kindes auf die Brust ärztlich billigte — in Betreff der nachtheiligen Folgen dieser Handlungsweise sich aussetzte, nur dadurch sich befreien, daß er die Amme entweder vor der Gefahr der Ansteckung vollständig sicher stellte, oder durch genügenden Aufschluß über die wahre Natur der Krankheit sie in die Lage versetzte, auf eigene Gefahr ihren Entschluß wegen Uebernahme des Kindes zu fassen. Keins von beiden ist jedoch durch jene allgemeine Bemerkung über eine böse und ansteckende Krankheit des Kindes geschehen, die nicht gemacht wurde, um die Frau von der Uebernahme des Kindes abzuhalten, oder in dieser Beziehung bei ihr Bedenken zu erregen, sondern nur, um ihr Vorsicht bei der Behandlung des Kindes anzuempfehlen.

b) Die Einrede des eigenen Verschuldens der Ehefrau des Klägers. Ob es einen begründeten Einwand gegen die Zurechnung des eingetretenen Erfolges abgeben könnte, wenn Beklagter zu zeigen vermöchte, daß er der Ehefrau des Klägers solche Vorschriften ertheilt und gehörig eingeschärft, bei deren Befolgung sie vor der Ansteckung bewahrt geblieben sein würde, und daß sie diese letztere nur durch Nichtbefolgung jener Vorschriften sich zugezogen, kann dahin gestellt bleiben. Die wirklich ertheilten Vorschriften waren keinenfalls von der gedachten Beschaffenheit. Was die von der Frau Bracker eingeräumte Anweisung betrifft, das Kind in Kleie zu baden, und hinsichtlich der Wäsche sowohl als der Wiege getrennt zu halten, so ist es offenbar, daß eine solche Maaßregel die Gefahr der Ansteckung wohl weiter hinausrücken, aber nicht gänzlich beseitigen konnte. Die Gutachten erkennen dies implicite dadurch an, daß sie auf diese Anweisung, deren Ertheilung doch aus den Untersuchungs-Acten sich ergiebt, bei Beurtheilung des Falles gar kein Gewicht legen. Beklagter hat sich nun freilich im gegenwärtigen Prozesse auf eine weitere von ihm angeordnete Vorsichtsmaaßregel berufen, über die sich die Gutachten noch nicht haben aussprechen können, und in deren Vernachlässigung er gerade die culpa der Ehefrau des Klägers setzt. Er habe nämlich derselben wiederholt eingeschärft, daß sie dem

Kinde von Zeit zu Zeit nach dem Munde sehen und, falls in diesem sich Geschwüre zeigen, vorläufig dasselbe nicht weiter anlegen, sondern ihm erst Bescheid sagen sollte; diese Vorschrift habe aber dieselbe unbeachtet gelassen.

Nied.=Ger.=Act. Nr. 15 p. 21, Nr. 20 p. 25.

Allein Beklagter hat nicht zu behaupten vermocht, daß bei Befolgung dieser seiner Vorschrift die Uebertragung der Krankheit auf die Brust der Ehefrau des Klägers gänzlich ausgeschlossen gewesen sein würde, und jedenfalls war die Anweisung hierzu zu unbestimmt. Denn selbst, wenn man davon auszugehen haben sollte, daß eine Ansteckung der Amme an den Brustwarzen erst dann habe erfolgen können, als in dem Munde des Kindes syphilitische Geschwüre zum Vorschein gekommen waren, so genügte doch jene allgemeine Vorschrift, dem Kinde „von Zeit zu Zeit" nach dem Munde zu sehen, nicht, um dem Anlegen des im Munde bereits erkrankten Kindes an die Brust vorzubeugen. Es hätte dies denn doch zum wenigsten vor dem jedesmaligen Anlegen geschehen, dahin also die ärztliche Vorschrift gehen müssen. Wenn Beklagter endlich noch behauptet, daß die klägerische Ehefrau durch Nichtbefolgung eines nach bereits eingetretener Inficirung ihrer Brust ihr ertheilten Verbots das Kind anzulegen, ihre Krankheit „gefördert" habe, so ist dies keine zu bestimmt erkennbaren juristischen Consequenzen führende Thatsache, indem sich überall nicht ersehen läßt, was von den eingetretenen nachtheiligen Folgen der ursprünglichen, durch Schuld des Beklagten veranlaßten Erkrankung und was — im Gegensatze hierzu — der durch die Ehefrau des Klägers verschuldeten „Beförderung" der Krankheit zugeschrieben werden soll.

Muß nach dem Bisherigen — insofern der vom Obergerichte nachgelassene Beweis nicht noch geführt werden sollte — angenommen werden, daß die Krankheit der Ehefrau des Klägers durch den Beklagten in schuldvoller Weise veranlaßt worden sei, so bleibt noch die Frage zu beantworten, ob auch für die übrigen in der Familie des Klägers eingetretenen Erkrankungen der Beklagte verantwortlich gemacht werden könne.

Diese Frage aber ist gleichfalls zu bejahen. Daß auch von den gedachten weiteren Erkrankungen, bis zum Beweise des Gegentheils, angenommen werden muß, sie seien durch das in der Familie des Klägers aufgenommene Stelling'sche Kind entweder direct oder doch mittelbar verursacht worden, folgt aus der Ausführung unter II. zu A. In dem einen wie dem anderen Falle aber muß Beklagter für den durch diese Erkrankungen verursachten Schaden einstehen. Insoweit unmittelbare Ansteckung durch das Stelling'sche Kind erfolgte, ergiebt sich dies daraus, daß derselbe nicht nur das Nehmen des Kindes auf die Brust, sondern auch die selbstverständlich damit verbundene Aufnahme desselben in die Familie, bei der es ohne körperliche der Ansteckung Raum gebende Berührung voraussichtlich nicht abgehen konnte, ärztlich gebilligt hat, also auch für die aus solcher Berührung hervorgegangenen Ansteckungen haftet. Allein auch für die mittelbare, durch ein von dem Stelling'schen Kinde inficirtes Familienglied (insbesondere die Ehefrau) auf die übrigen übertragene Ansteckung ist der Beklagte nach den Grundsätzen der Lex Aquilia einzustehen verpflichtet.

Arg. L. 21 § 2, L. 22, 23 pr. § 4, L. 29 § 5, L. 30 § 3, L. 41, 52 pr. ad Leg. Aquil (9, 2).

Es mußte daher den vorigen Richtern auch in diesem Punkte beigetreten und somit die angefochtene Entscheidung durchaus bestätigt werden.

Systematisches Register.

I. Civilrecht.

I. Allgemeine Lehren.

A. Rechtsquellen, deren Gültigkeit, Auslegung und Anwendung.

Auslegung bei Verträgen. — Ausnahmen von einer Regel sind strict zu interpretiren, wenn sich nicht ein weiter gehender Wille der Paciscenten nachweisen läßt. Seite 210. 9)

Statutencollision. — Weder das Altonaer noch das Hamburger Recht enthält irgend welche Prohibitivbestimmungen, welche den Abschluß eines Ehecontractes im Auslande und nach den Formen des dort geltenden Rechts behinderte, oder der vertragsmäßigen Begründung resp. Fortsetzung einer allgemeinen Gütergemeinschaft in und nach der Ehe entgegenstände. S. 12. c) 3)

Das Verhältniß eines überlebenden Gatten zu seinen mündigen Kindern ist nach Anleitung des in Gemäßheit der Gesetze seines Errichtungsactes aufgerichteten Heirathsvertrages zu beurtheilen, wenn dem keine verbietenden Gesetze entgegenstehen. S. 12. a) 6)

Eine vertragsmäßige auch von den Gesetzen des Domicils der Ehegatten abweichende Feststellung der Güterrechte zwischen Ehegatten ist zulässig, soweit nicht Prohibitivgesetze des ursprünglichen oder spätern Domicils entgegenstehen. S. 12. b) 2)

Das Recht desjenigen Ortes, wo zur Zeit der Ehetrennung die Ehegatten ihr Domicil hatten, ist entscheidend für die Frage, ob und

welchergestalt eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern eintrete. S. 13. 6)

Für die Regulirung der gesetzlichen Erbfolge ist immer das in **domicilio defuncti tempore mortis** geltende Recht entscheidend. S. 13. 7)

Ueber die erst mit dem Tode und durch diesen eintretende neue und andere Vermögensgemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern entscheidet nur das Recht des Ortes, wo dermalen der Ueberlebende sein Domicil und damit das Gemeingut seinen Sitz hat. S. 13. 9)

III. Von Handlungen, Willenserklärung und Auslegung derselben.

Willensact bei Verträgen. — Auf die mündliche Uebereinkunft der Parteien kommt es beim Vorhandensein späterer entgegengesetzter schriftlicher Abrede nicht an. S. 4. 1)

Simulation. — Eine Klage auf Zurückschreibung des Jemand verkauften und tradirten Grundstückes wegen Simulation ist nur dann zulässig, wenn neben dem Hauptvertrage, und zwar mit Einverständniß der hypothekarischen Gläubiger, ein geheimer Vertrag dahin geschlossen wäre, daß demnächst das Kaufgeschäft gänzlich wieder aufgehoben und das Grundstück mit den inzwischen gezogenen Früchten wieder zurückgegeben werden solle. S. 99. 1)

Interpretation der Willensmeinungen. — Bei Interpretation von Rechtsgeschäften sind die von den Parteien gebrauchten Worte immer in dem Sinne aufzufassen, in dem sie gewöhnlich gebraucht werden.

In zweifelhaften Fällen muß der Sinn als die wahre Meinung der Contrahenten ausdrückend den Vorzug haben, **qui rei gerendae aptior est**, das heißt, welcher mehr als ein anderer dem Zwecke und der Natur des Geschäfts entspricht. S. 360. 2) 4)

Handlungen. Auslegung derselben. — Soll aus den Handlungen eines Schuldners, die eine Anerkennung der Schuld bekunden, auf das Dasein dieser geschlossen werden, so kommt es wesentlich darauf an, ob man dem Handelnden das volle Bewußtsein der Thatsachen, wodurch die Schuld begründet wurde, zutrauen kann.

Sprechen besondere Umstände dafür, daß der Schuldner sich über jene Thatsachen geirrt haben könne, so wird die Beweiskraft der Schlußfolgerung um so mehr geschwächt, je näher die Möglichkeit des Irrthums liegt. S. 131. 5) 6)

II. Obligationenrecht.

1) Allgemeines.

Gegenstand der Obligation. Zinsen. — Wenn es auf die Frage ankommt: welchen Einfluß eine mehrjährige Zinszahlung in Beziehung auf das Bestehen oder den Beweis einer Capitalschuld habe, so hängt die Beantwortung derselben von den jedesmaligen besondern Umständen ab.

Die Zinszahlung ist im Verhältniß zu der Capitalschuld, worauf sie sich bezieht, ein Act der Anerkennung, ein durch die That bekundetes außergerichtliches Geständniß; doch wird damit in Bezug auf die Capitalschuld und fernere Zinsen keine Verpflichtung übernommen.

Bei allen Handlungen, aus denen eine Schlußfolgerung zu ziehen ist, daß der Schuldner die Zinsen nicht bezahlt haben würde, wenn er nicht vom Bestehen der Hauptobligation überzeugt gewesen wäre, läßt sich immer nur nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmen, in welchem Grade sie auf die richterliche Ueberzeugung zu wirken geeignet seien, wobei der Zinszahlung an sich keine stärkere Beweiskraft innewohnt.

Durch Zinszahlung wird nie eine Hauptobligation begründet und steht dagegen dem Zahlenden der Beweis frei, daß er indebite gezahlt habe. S. 130, 131. 1) 2) 3) 4)

Entstehung der Obligationen. Von den paciscirenden Personen. — Liegt ein Contractsabschluß zwischen zwei Parteien vor, so haftet die eine der andern persönlich aus dem Contracte, insofern sie nicht ausdrücklich zu erkennen gegeben hat, daß sie nur Namens eines Dritten als dessen Mandatar das Geschäft abgeschlossen hat. S. 45. 1)

Cession. — Der Debitor cessus kann dem Cessionar nur diejenigen ihm an den Cedenten zuständigen Forderungen opponiren, welche er bereits zur Zeit der Cessions-Denunciation hatte. S. 78. 1)

Eine simulirte Cession, durch welche die Cessionarien nicht procuratores in rem suam geworden, hat keine einzige der Wirkungen einer wirklichen, ohne daß es einer Rescission derselben bedürfte. S. 79. 3)

Man kann von einem debitor cessus nicht voraussetzen, daß er die Legitimation des Cessionars vor einer Zinszahlung an ihn stets erst vollständig untersucht haben werde. S. 131. 7)

2) Obligationen aus Verträgen.

Dienstmiethe. — Liegt unter Parteien ein Dienstverhältniß vor, so ist für unbestrittene Dienste dem Dienenden selbst dann eine Ver-

gütung zuzusprechen; wenn keine darauf gerichtete Verabredung getroffen sein sollte. S. 119. 1)

Hierin macht ein unter den Parteien obwaltendes geschwisterliches Verhältniß gar keinen Unterschied. S. 119. 2)

Mit der Annahme eines Dienstverhältnisses unter Geschwistern ist noch nicht entschieden, daß der Dienende gegen einen dem Betrage nach etwa richterlich zu bestimmenden Lohn gedient habe. Vielmehr kann eben so gut angenommen werden, daß, (nach der Absicht der Parteien) jene Dienste hätten durch Kost, Miethezahlung und Darreichung sonstiger kleiner Bedürfnisse compensirt werden sollen.

Wenn aber der Dienende sonst Lohnarbeiter gewesen und seine Dienste vorherrschend einem vom Dienstgeber betriebenen Gewerbe gewidmet waren, so streitet selbst unter Geschwistern die überwiegende Vermuthung für ein Dienen um Lohn und gegen das sonst bei blos häuslichen Diensten gewöhnliche Familien-Verhältniß der Parteien. S. 119. 3) 4) 5)

Mandat. — Der Auftraggeber muß für die Folgen der Wissenschaft und der bösen Absicht seines Bevollmächtigten dem Dritten gegenüber aufkommen. S. 140. 4)

Mandat. Commissionsgeschäft. — Der Committent hat das Recht, den Principal seines Commissionairs, wenn dieser als Factor für jenen handelte, aus dem mit letzterem geschlossenen Vertrage auf Erfüllung desselben zu belangen. S. 45. 2)

Verkaufscommission. — Der Verkaufscommissionair, welcher eine Waare unter dem ihm vorgeschriebenen Facturapreise verkauft, ist verpflichtet, sein Verfahren zu justificiren, seine Rechnung im Einzelnen, so weit thunlich, zu belegen, und den Committenten durch Zustellung einer detaillirten Verkaufsrechnung in den Stand zu setzen, die Richtigkeit der Verkäufe zu controliren. S. 45. 3)

Bei ordnungsmäßiger Ausführung einer Verkaufs-Commission, namentlich dann, wenn der Commissionair **del credere** steht, ist es nicht üblich, daß der Commissionair die Namen der einzelnen Käufer aufgebe. S. 46. 4)

Bedarf die Verkaufsrechnung des Commissionairs noch einer Justification, so befreiet der Umstand, daß der Consignatar das **del credere** übernommen, Jenen nicht von der Verbindlichkeit, seine Käufer zu nennen. S. 46. 5)

Weist der Consignatar gehörig nach, daß am Verkaufsorte der Verkauf statthafter Weise in der Art geschehen sei, daß Käufer nicht

namhaft zu machen seien, so hat das Gericht zu entscheiden, ob es unthunlich sei, eine derartige Namhaftmachung zu verlangen. S. 46. 6)

Der Verkaufpreis einer Waare am Bestimmungsplatze repräsentirt nicht allein den Facturawerth, sondern auch die auf derselben ruhenden Unkosten, wie Fracht und Zoll. S. 191. 3)

Trödelvertrag. Unterschied von der Verkaufs-Commission. — Beide Verträge sind sich mehrfach ähnlich, zumal, wenn der Verkaufs-Commissionair **del credere** steht. Sie unterscheiden sich darin wesentlich, daß der Commissionair ein fremdes, der Trödler sein eignes Geschäft ausführt. S. 4. 2) 3)

Trödelvertrag. Wann ein solcher anzunehmen? — Weder aus dem Mangel eines Vorschusses, noch aus dem Schweigen über Provision ist auf das Vorhandensein eines Trödelvertrags zu schließen, wohl aber aus der Uebernahme aller möglichen Kosten des Hin- und Rücktransportes abseiten des mit Verkauf der Waare Beauftragten. S. 4. 4)

Trödelvertrag. Wirkungen. — Die Uebernahme der Kosten des Hin- und Rücktransportes abseiten des mit Verkauf einer Waare Beauftragten giebt diesem das Recht, Alles zu behalten, was er für die Waare über deren Limitum hinaus lösen kann. S. 4. 5)

Der Verkaufscommittent kann in der Abrechnung die Angabe der Zeit der einzelnen Verkäufe verlangen, wenn davon der Umfang seiner Rechte abhängig ist. S. 326. 3)

Im Allgemeinen ist der Commissionair, wie jeder andere Mandatar, verbunden, das übernommene Geschäft bis zu Ende zu führen, falls nicht besondere Umstände ihn ausnahmsweise von dieser Pflicht befreien.

Ein Commissionair, der für einen Andern Waare consignirt, hat alles dasjenige auszuführen, was ordentlicher Weise Jemand, der für eigene Rechnung consignirt, als **diligens pater familias** auszuführen sich veranlaßt gesehen haben würde.

Derselbe hat dann, wenn ihm formell ungenügende oder dem Resultat nach höchst auffallende Verkaufsrechnungen von seinem Consignatair zukommen, gegen denselben auf genügende Auskunft über die nähern Umstände des Verkaufes und über die Ursachen des ungünstigen Resultates zu dringen und jede anwendbare Diligenz aufzubieten, um den Consignatair zum ordnungsmäßigen Verfahren zu bewegen.

Im Verhältnisse zwischen dem Committenten und dem Commissionair bildet für den Fall, wenn der Letztere die ordnungsmäßige Erledigung des Geschäfts insofern verhindert oder vereitelt, daß die be-

treffende Waare gegen Vorschrift verkauft, oder daß dem Committenten die gehörige Rechnungsablegung vorenthalten wird, diejenige Schätzung die Grundlage der Interessenforderung, welche bei den Verhandlungen unter den Contrahenten, in Betreff der Waare von dem Committenten ausgegangen ist.

Dem Commissionair ist auf sein Verlangen der Beweis nachzulassen, daß der Committent bei Zugrundelegung jener Evaluation zu seinem, des Commissionairs, Nachtheil bereichert werden würde. S. 349. 1) bis 5)

Uebergang der Gefahr auf den Trödler. — Um zu entscheiden, ob dieselbe nicht erfolgt ist, ist zu erwägen, wer den Anstoß zu dem Geschäft gegeben hat. S. 4. 9)

Verbindlichkeiten des Trödlers. — Der Trödler, welcher die Gefahr der Sache zu tragen hat, steht dem Käufer gleich, welcher versprochen hat, eine empfangene Waare, insofern er sie nicht behalten wolle, binnen gewisser Frist zurückzugeben, also mittelst dieser Handlung sich zu erklären, ob er die ihm zu einem gewissen Preise übergebene Waare zu solchem behalten wolle. Erfolgt eine solche Erklärung in der Frist verneinend, aber die Waare wird nicht zeitig zurückgeliefert, so nützt dem Käufer seine Erklärung nichts und er muß den Werth der Waare bezahlen. S. 4. 7) 8)

Compromiß. — Es ist den Schiedsmännern unbenommen, wegen relevanter factischer Momente, welche nach ihrer Ansicht nicht ohne ein förmliches Beweisverfahren zur erforderlichen Liquidität gebracht werden können, die Parteien zur einstweiligen gerichtlichen Procedur zu verweisen. S. 360. 1)

3) Obligationen aus Delicten.

Injurien. — Die Vorsteher, Pfleger und Aerzte der Allgemeinen Armen-Anstalt, als mit einem bürgerlichen Officium betraute Personen, sind wie Mitglieder einer Hamburgischen Behörde in Bezug auf ihnen zugefügte Beleidigungen zu betrachten. S. 197.

Verbindlichkeit aus der unehelichen Vaterschaft. — Unter Umständen kann freilich aus der äußersten Intimität zweier Personen verschiedenen Geschlechtes eine Vermuthung für den Fortbestand derartiger Beziehungen abgeleitet werden, allein hiebei wird doch vorausgesetzt, daß eine nähere häusliche Gemeinschaft oder entsprechende Verhältnisse zwischen den Betheiligten stattgefunden haben. S. 111.

Nachdruck. Erklärung. — Nachdruck setzt eine unbefugte Vervielfältigung voraus und hat die Confiscation der unrechtmäßig

angefertigten Exemplare zur Folge. (Diese vom Senate ausgesprochene Erklärung ist nicht zutreffend, da ja eben jede Verletzung eines Verlagsrechtes nach Artikel I. der Verordnung vom 29. Nov. 1847 als Nachdruck geachtet werden soll, ohne alle Rücksicht, ob dieselbe von dem Momente einer Vervielfältigung abhängt. Anmerkung der Redaktion.) S. 21. 1)

† **Veranstaltung einer Titel-Ausgabe allgemeiner buchhändlerischer Gebrauch.** — Die Speculation, ein älteres längere Zeit dem buchhändlerischen Vertriebe entzogen gewesenes Buch, ohne Wissen und Willen des Verlagsberechtigten als zweite Ausgabe mit verändertem Titel, neuerer Jahreszahl und Substituirung der Firma des Speculanten für die Firma des wahren Verlegers, kann, wenn auch die gemachten Angaben der Wahrheit nicht entsprechen, und trotz des Widerspruches des Verlagsberechtigten, als eine eigentliche Täuschung nicht betrachtet werden, weil einem desfallsigen unbeschworenen Privatatteste zufolge und laut Bücher-Catalogen die Veranstaltung von dergleichen sogenannten Titel-Ausgaben ein allgemein buchhändlerischer Gebrauch ist.

Titel-Ausgaben eines Buches bieten keine genügende Veranlassung zu einem polizeilichen Verkaufsverbot oder zu einer Bestrafung des Veranstalters derselben.*) S. 264. 2) und 265. 3)

Ueber Verletzungen eines Verlags- oder sonstigen Rechtes dritter Personen mittelst Veranstaltungen von Titel-Ausgaben, und über ein deßhalb etwa gerechtfertigtes Verbot derselben hat das Civilgericht zu entscheiden.

---

*) Die oben und auf den folgenden Seiten mit † bezeichneten, der Entscheidung des Senats und den Urtheilen des Niedergerichts entnommenen Sätze entsprechen weder allgemeinen Principien, noch dem klaren Wortlaut des Bundesgesetzes wider Nachdruck von 1845 und der damit in Einklang stehen sollenden Hamburg. Verordnung vom 29. November 1847, am wenigstens aber der Praxis des Buchhandels. — Wenngleich durch die in dieser Sache in zweiter und dritter Instanz ergangenen ganz entgegengesetzten Entscheidungen, die mit † bezeichneten Sätze rechtlich ohne alle Bedeutung geblieben sind, so erschien es, hingesehen auf die in Hamburg so höchst dürftige Praxis des literarischen und Autor-Rechts, dennoch sachgemäß die darin Richterlicherseits kundgegebenen, wenngleich völlig vereinzelt dastehenden Anschauungen mit einzuschalten. Die Red.

Ueber das Preßvergehen der Weglassung der Buchdrucker-Firma auf einer Titel-Ausgabe hat die Polizei zu erkennen. S. 265. 4) 5)

† Die gegen Nachdruck erlassenen Bundesgesetze können auf Titel-Ausgaben nicht angewendet werden, weil sie sich nicht als eine unbefugte Vervielfältigung, also auch nicht als partieller Nachdruck darstellen.

† Bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen und Hamburgischer Präjudicate sind zunächst die Erfahrung, Praxis und Gewohnheiten des Buchhandels maaßgebend für die rechtliche Beurtheilung von Titel-Ausgaben (wie solche hier in Rede stehen) und des Unterschiedes zwischen Ausgabe und Auflage. S. 265. 7)

† Auf unerhebliche Auslassungen (auf einem nachgedruckten Titelblatte) bei Veranstaltung von Titel-Ausgaben darf kein Gewicht gelegt werden. S. 266. 15)

Folgen des Nachdrucks. Ein wirklicher Nachdruck berechtigt nicht nur den Verleger oder dessen Rechtsnachfolger, sondern auch den in seinem directen Interesse dadurch verletzten Autor zu einer selbstständigen Verfolgung. S. 267. 17)

Die Veranstaltung einer zweiten (Titel-) Ausgabe mit neuerer Jahreszahl ist eine den Absatz der in ihrer Originalgestalt befindlichen Exemplare beeinträchtigenden Procedur. S. 271. 15)

Die Frage über die Befugniß des Sortimentshändlers zu einer Titel-Ausgabe und zur Ankündigung eines von ihm in großer Anzahl ohne Verlagsrecht erkauften Artikels unter seine Verlagsartikel als in seinem, des Sortimentshändlers Verlage erschienen, ist nur mit dem Verleger oder dessen Rechtsnachfolger auszumachen. S. 267. 19)

† Die Nichtbetheiligung des Schriftstellers an einer (zweiten, Pseudo-) Titel-Ausgabe (von 1852) läßt sich sofort erkennen durch die in derselben belassene alte Vorrede (welche vom Jahre 1843 datirt).*) S. 267. 21)

Der rechtmäßige Ankäufer einer Anzahl von Exemplaren eines Buches hat zwar das Recht des Wiederverkaufes dieser Exemplare,

---

*) Diese völlig unhaltbare Ansicht des Hamburg. Niedergerichts wird leicht widerlegt durch die große Zahl posthumer Werke und solcher Bücher, welche zwar vom Autor mit Vorrede und Datum unter der Vorrede versehen werden, nichtsdestoweniger aber durch irgend welche eingetretene Verhältnisse, unter Betheiligung des Autors, Jahr und Tag später (nach dem Datum der Vorrede) gedruckt erscheinen mit der wirklichen Jahreszahl ihres Erscheinens auf dem Titelblatte; außerdem aber noch durch den Umstand, daß sehr oft Bücher überall ohne Vorrede erscheinen. Anmerk. d. Red.

nicht aber die Befugniß zu irgend einer Veränderung, namentlich nicht dazu, das Buch mit einem neuen Titel zu versehen und als zweite Ausgabe in seinem Verlage erschienen, zu bezeichnen.

Die Veranstaltung eines neuen Titelblattes mit der unwahren Bezeichnung: zweite Ausgabe, und Substituirung der Firma des Sortimentshändlers für die Firma des wirklichen Verlegers ist keine Vervielfältigung **in substrato**.

Veränderungen des Titelblattes, wie eben angegeben, sind daher als Nachdruck im Sinne des § 1 der Verordnung in Betreff des Nachdrucks von 1847 nicht zu bezeichnen.*)

Die unwahre Bezeichnung eines Buches als zweite, und (9 Jahre) später erschienene Ausgabe, sowie die unwahre Ankündigung, daß solches im Verlage Desjenigen, welcher die Veränderungen des Titelblattes vornahm und seine Firma darauf setzte, erschienen sei, ist ersichtlich ein Eingriff in die Interessen des Verlagsberechtigten, und läßt das in seiner Originalgestalt befindliche Buch dem Publikum gegenüber als zu einer älteren und folgeweise praesumtiv weniger gut verkäuflichen Ausgabe, gehörig erscheinen. S. 268. 1) bis 4)

Bei nicht genügend nachgewiesenem Verlagsrechte hätte nicht auf Beweis erkannt werden können, darüber, ob die Veränderungen des Titelblattes und unwahre Anzeige, daß das Buch als zweite Ausgabe im Verlage Desjenigen erschienen, der seine Firma, ohne das Verlagsrecht zu besitzen, darauf gedruckt hat, eine Verletzung des Verlagsberechtigten enthalte? S. 269. 1)

Nach allgemeinen Rechtsprincipien erscheint es als eine Rechtsverletzung des Verlagsberechtigten, wenn ein Nichtverlagsberechtigter ein Buch als in seinem Verlage erschienen ankündigt und, unter Entfernung der Originaltitelblätter, mit einem neuen Titelblatte, veränderter Jahreszahl, dem unwahren Zusatze zweite Ausgabe unter Substituirung seiner eigenen Firma für die Firma des Verlegers, versieht. S. 269. 5)

Delicte von Kunstverständigen. — Der Arzt haftet für jedes bei der ärztlichen Behandlung der fraglichen Angelegenheit begangene, Schaden bringende Verschulden, einerlei, ob dasselbe in einem unmittelbaren positiven Einwirken auf den Körper des Klagenden oder in

---

*) Ganz zweifellos muß nach dem Gesetze eine solche und jede Titelblatt-Veränderung aber als Nachdruck geachtet werden, wenn ein Verlagsrecht dadurch verletzt worden, — sollte auch eine Vervielfältigung **in substrato** nicht vorgenommen sein.
D. Red.

Anempfehlung resp. thatsächlicher Billigung eines der Gesundheit schädlichen Verhaltens, oder endlich in Unterlassung der zur Abwendung nachtheiligen Folgen seines eigenen ärztlichen Verfahrens dienlichen Mittel bestanden hat. S. 403. 3)

III. Familienrecht.

Ehe. Eingehung. Elterlicher Consens. — Der elterliche Consens in die Heirath eines Kindes wird nur aus besonders erheblichen Gründen vom Obergerichte supplirt. S. 96. a)

Nur dem Kinde selbst, zu dessen Ehe der gesetzlich erforderte elterliche Consens verweigert wird, nicht aber dem Verlobten desselben, steht ein selbstständiger Anspruch auf gerichtsseitige Supplirung jenes Consenses zu. S. 96. b) 1)

Bei der Frage, ob aus zureichenden Gründen oder ex injuria der elterliche Consens verweigert worden sei, ist der subjectiven Auffassung der Eltern eben so sehr billige Rücksicht zu schenken, wie dem verständigen Ermessen des Richters, namentlich auch bei Beurtheilung der beigebrachten Beweise ein gewisser Spielraum zu gewähren.

Die Weigerung der Eltern, den Eheconsens zu ertheilen, erscheint schon dann als gerechtfertigt, wenn nach deren eigenen Wahrnehmungen, wie nach Ansicht der von ihnen zugezogenen Aerzte auch nur eine erhebliche Besorgniß obwaltet, daß durch Heirath der Tochter sich deren Krankheitszustand verschlimmern und einen lebensgefährlichen Charakter gewinnen möchte. S. 96. b) 3) 4)

Ehepacten. — Eine einmal gültig geschlossene Ehepacte hat fortdauernd bindende Kraft. S. 13. 4)

Ein vorhandener Ehecontract geht unbedingt dem gesetzlichen und herkömmlichen Rechte vor. S. 14. 17)

Rechte der Kinder gegen ihre Eltern. — Es ist streitig, ob Kindern, die von ihren Eltern aus einer bestehenden Schuld, die auf keiner Liberalität beruht, belangt werden, das beneficium competentiae zustehe.

Bei der Frage, ob eine obligatio alendi existent ist, ist die Fähigkeit, Alimente zu leisten, eine der wesentlichsten Bedingungen der Verpflichtung und in dieser Beziehung zwischen Kindern und Eltern kein Unterschied.

Wenn ein Ehemann seine Frau mit seinem Wissen eine ausdrückliche Alimentationsverpflichtung gegen seine Schwiegermutter eingehen läßt, so ist er daraus unbedingt mit verhaftet.

Doch liegt darin die Einschränkung, daß der Ehemann sich nicht persönlich auf eine Weise gegen seine Schwiegermutter habe verpflichten wollen, daß sie auch nach dem Tode ihrer Tochter einen Anspruch an ihn daraus ableiten könne.

Sind Alimente zugesagt, so kann der sie Leistende nicht zu dem Beweise gelassen werden, daß die zu Alimentirende derselben nicht mehr bedürfe, es sei denn, daß er darthun könne, es wäre seit Leistung seines Versprechens in der Lage der zu Alimentirenden eine wesentliche Verbesserung eingetreten.

Die Alimentationspflicht der Kinder gegen ihre Eltern ist dadurch bedingt, daß ihre Vermögensverhältnisse sie ihnen gestatten, ohne selbst zu darben, und können sie mindestens dann die Reducirung des versprochenen Alimentationsquantums verlangen, wenn sie beweisen können, daß seit dem geleisteten Versprechen ihre Lage sich wesentlich verschlechtert habe. S. 250. 251. 1—6)

Güterverhältnisse zwischen Eltern und Kindern. Beisitz. — Das Hamburger Recht giebt nicht einmal den unmündigen Kindern ein unbedingtes Recht auf hypothekarische Sicherstellung der Vermögenssubstanz. S. 13. 10)

Nach Lübischem Rechte kann eine Anlegung des Gemeingutes auf gemeinschaftlichen Namen des Ueberlebenden und der Kinder nicht gefordert werden. S. 13. 11)

Dem deutschen Rechte ist jede cautelarische Beschränkung der mit dem Beisitz verbundenen mütterlichen Verwaltung auf Gedeih und Verderb fremd, vielmehr fast durchweg bei fortdauerndem Wittwenstande und abgesehen von schlechter zur Theilung des Sammtgutes führender Wirthschafts- und Vermögensverwaltung der Mutter ein ebenso selbstständiges und ausschließliches Administrationsrecht, wie dem Vater zuständig. Dies Recht wird etwa nur durch die dann für die Mutter auch als Beisitzerin eintretende Geschlechtscuratel beschränkt. S. 13. 12)

Der Receß von 1529 Art. 33, selbst wenn er noch gültig wäre, giebt nur der Gesammtheit der Kinder das Recht, die Gesammtgüter unter Aufsicht zu nehmen, wenn die Mutter ein einseitiges und eigenmächtiges Verändern, Vergeben, Verpfänden und Verkaufen derselben bereits vorgenommen hat, nicht aber schon für den Fall, daß blos die Möglichkeit oder Besorgniß, daß die Mutter ohne Zustimmung der Kinder solche Dispositionen vornehmen werde, vorhanden wäre. S. 13. 13)

Mündige Kinder haben nach der rechtlichen Natur der communio prorogata wie nach der Praxis, nicht das Recht, die Mutter, welche wohl Haus hält, zur Capitalanlage des Sammtgutes auf gemeinschaft-

lichen Namen zu nöthigen, wenn ihnen auch eine Aufsicht über die Verwaltung nicht abzusprechen ist. S. 14. 14)

Die den Kindern gegen die Mutter in Bezug auf das Sammtgut zuständigen Rechte können nur von der Gesammtheit der Kinder geltend gemacht werden, nicht aber von einem einzelnen im Widerstreit mit den übrigen. S. 14. 16)

Gütergemeinschaft. — Bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft steht den mündigen Kindern kein Aufsichtsrecht in Bezug auf das Gesammtvermögen gegen die Mutter zu. S. 12. a) 3)

Aus dem Bestehen einer zwischen Ehegatten vorhandenen allgemeinen Gütergemeinschaft folgt nicht die Verpflichtung der überlebenden Ehefrau, nach ihres Gatten Tode das Capitalvermögen auf ihren und der Kinder Namen zu belegen. S. 12. a) 2)

Nach Hamburger Recht kann ein einzelnes Kind die Vorlage eines Status über das Gesammtvermögen verlangen. S. 12. a) 4)

Das Verlangen, daß das väterliche Vermögen auf gemeinschaftlichen Namen von Mutter und Kinder belegt werden solle, steht nur der Gesammtheit der Kinder, nicht aber einem derselben zu. S. 12. a) 5)

Güterverhältniß unter Ehegatten. — Das seinem Ursprunge nach **ex lege** erwachsene Rechtsverhältniß der Ehegatten ist seiner rechtlichen Wirkung nach ganz wie ein **jus pactitium** zu behandeln. S. 13. 5)

Eheliches Güterrecht. — Nach Französischem Rechte dauert nach eines Gatten Tode die **communauté légale** zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern nicht fort. S. 12. b) 1)

Die **communio prorogata** gilt nicht blos als längerer Fortbestand der während der Ehe für den Ueberlebenden schon bestandenen Güterverhältnisse, sondern sie involvirt zugleich ein neues Rechtsverhältniß für die Kinder, wie in Beziehung auf dieselben. S. 13. 8)

IV. Handelsrecht.

A. Allgemeines.

Unter kaufmännischen Geschäftsverbundenen ist eine prompte und ausreichende briefliche Benachrichtigung besonders dann nothwendig, wenn der Eingang brieflicher Mittheilungen und deren Inhalt von Erheblichkeit für das fernere Verhalten desjenigen gewesen wäre, dem die Mittheilung hätte gemacht werden müssen. S. 148. 9)

B. Wechselrecht.

Daraus, daß die allgemeine Wechselordnung nur aus dem auf dem Wechsel selbst geleisteten Accepte wechselmäßigen Anspruch gegen den Trassaten gewährt, folgt keineswegs, daß eine anderweit abseiten des Trassaten ertheilte Zusage, den Wechselbelauf auf Verfall schuldig sein zu wollen, ohne Rechtsverbindlichkeit sei und keinen in ordinario geltend zu machenden Anspruch gewähre. S. 147. 1)

Verhältniß des Trassaten zum Remittenten. — Auf das Verhältniß des Trassaten zu den Remittenten oder Wechselinteressenten ist es ohne Einfluß, wenn jener dem Trassaten die Zusage gemacht hätte, den Wechsel honoriren zu wollen, und erwirbt nur der Trassant selbst Rechte aus dieser Zusage.

Diese Rechte werden nur durch förmliche Cession abseiten des Trassanten an Remittenten oder Wechselinteressenten auf letztere übertragen, nicht aber schon dadurch, daß der Trassant den Remittenten von jener Zusage in Kenntniß gesetzt hatte. S. 148. 4) 5)

Verpflichtung des Trassaten. — Der Trassat ist bis zum Verfall des Wechsels zu keiner Thätigkeit in Bezug auf denselben verbunden, nicht einmal zu einer bestimmten Erklärung über Accept oder Nichtaccept, wenngleich die Ablehnung jeglicher Erklärung in ihren Folgen einer Accept-Verweigerung gleichgestellt wird. S. 148. 7)

Pflichten des Trassaten, der zugleich Indossatar ist. — Steht der Empfänger einer Rimesse mit dem diese Sendenden in laufender Rechnung und Geschäftsverbindung, und jener sendet die Rimesse nicht sofort nach Empfang zurück, so ist anzunehmen, daß der Empfänger mit der auf ihn geschehenen Indossirung einverstanden und die ihm als Indossatar wechselrechtlich obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen bereit ist.

Ist der Empfänger oder Trassat in einem solchen Falle zugleich Indossatar, indem der noch laufende Wechsel an ihn indossirt wird, so muß er die mit jeder dieser beiden Stellungen verbundenen Pflichten erfüllen. S. 147. 2) 3)

Verpflichtung des Indossatar vor Verfall. — Der Indossatar eines Wechsels ist nicht in der Lage, vor Verfall desselben irgend eine Thätigkeit auszuüben, auch nicht den Wechsel zur Annahme zu präsentiren, noch den Umstand zu constatiren, ob für den Wechsel das Accept schon jetzt zu erlangen sei, oder nicht. S. 148. 6)

Wenn ein Remittent seinen am Wohnorte der Trassaten befindlichen Geschäftsfreund, welchem er einen Wechsel durch Indossament überträgt, mit der sofortigen Präsentation zum Accept beauftragt, so macht der

Indossatar sich durch Nichtberücksichtigung jener ihm zugekommenen Aufforderung wegen eines hieraus entstehenden Schadens verantwortlich. (S. 148. 8)

Bankbillet, dessen Indossirung und rechtliche Folgen der letztern. — Ein Bankbillet erhält durch Blanco-Indossirung abseiten dessen, auf dessen Namen es lautet, die Eigenschaft eines auf den Inhaber laufenden Werthpapieres.

Einem Blanco-Indossament ist im Allgemeinen nur die Bedeutung einer Erklärung des Indossirenden beizulegen, daß jeder spätere Inhaber durch den Besitz des Documentes legitimirt sein solle, das aus demselben hervorgehende Forderungsrecht für sich geltend zu machen, nicht aber, daß dadurch zwischen dem Blanco-Indossenten und jedem spätern Inhaber ein Obligations-Nexus entstehe.

Die beim Wechsel und den nach Analogie desselben behandelten Documenten bestehende Eigenthümlichkeit, daß bei jeder wechselmäßigen Uebertragung der Indossatar nicht nur de veritate sondern auch de bonitate cavirt und daß jedem spätern Indossatar das Recht eingeräumt wird, die von dem früheren Indossenten geleisteten Garantieen direct gegen sie geltend zu machen, ist eine Singularität und nicht analog auf andere Papiere auszudehnen.

Aus der Haftung desjenigen, welcher ein Papier der hier gemeinten Art veräußert, dahin, daß das Papier das sei, was es sein solle (de veritate), entstehen nur zwischen ihm und seinen Contrahenten rechtliche Beziehungen, nicht aber zu späteren Erwerbern, die sich deshalb nur an ihren Vormann halten können, ohne daß eine solidarische Verhaftung der früheren Veräußerer bestände.

Beim Wechsel hat die Ausfüllung des Blanco-Indossamentes nur die Bedeutung und Wirkung, dem auf den Inhaber gültig gewordenen Wechsel diese Eigenschaft zu entziehen und ihn wiederum personell zu machen.

In der Indossirung eines Papieres der hier gemeinten Art liegt nur derjenige Act, durch welchen das ursprünglich auf eine bestimmte Person ausgestellt gewesene Billet zu einem auf Inhaber lautenden gemacht worden ist, ohne daß der erste Indossent zu spätern Inhabern in einer andern Stellung sich befunden hätte, als wenn ein gleich Anfangs auf Inhaber lautendes oder ein schon früher von einer andern Person auf Inhaber gestelltes Papier durch seine Hände gegangen wäre. (S. 303. 1—6)

Mortification eines Papiers. — Natur und Bestimmung der Mortification eines Papieres ist, dem sie Nachsuchenden die in Folge

der Mortification erlangte Zahlung oder das etwanige Surrogat des mortificirten Documentes definitiv zu sichern. S. 303. 7)

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, wenn etwa die Vindication von Papieren **au porteur** aus dem Besitze eines **bona fide** Inhabers durch die Particular-Gesetzgebung ausgeschlossen sein sollte.

Mithin hat weder nach gemeinem noch nach hamburgischem Rechte der Ausschluß einer Vindication solcher Papiere aus dem Besitz des **bona fide** Erwerbers die Wirkung, daß dem **bona fide** Inhaber eines mortificirten Documentes lediglich auf Grundlage seines tadellosen Besitzes ein Klagerecht gegen den Imploranten auf Herausgabe des in Folge der Mortification Erlangten zustehe.

Wer die Mortificirung eines Werthpapieres beantragt, ist verpflichtet, an denjenigen Orten, von welchen den Umständen nach zu vermuthen ist, daß das betreffende Papier sich dort in Circulation befinde oder befinden könne, jedenfalls aber an dem Verlustorte, Bekanntmachungen des Abhandengekommenseins und des im Werk befindlichen Mortificationsverfahrens zu machen. S. 304. 8) 9) 10)

C. Seerecht.

Haftung des Schiffers nach römischem Recht. — Nach dem römischen Rechte haftet der Schiffer für die Gefahr der zu transportirenden Gegenstände, weder, weil der Frachtcontract eine **locatio conductio operis** ist, noch führen die Grundsätze vom **receptum** dahin.

Nach dem **receptum** haftet der Schiffer für Untergang und Beschädigung recipirter Gegenstände, **nisi quid damno fatali contingit.** S. 371. 9) 10)

Dieses **damnum fatale** ist nicht lediglich als unmittelbare und absolut unwiderstehliche elementarische Wirkung aufzufassen, sondern überhaupt von solchen Ereignissen zu verstehen, denen durch Vorsicht nicht vorgebeugt werden kann.

Nach dem gemeinen Seerechte ist der Schiffer dann nicht verhaftet, wenn er durch nicht vorher zu sehen gewesene unabwendliche äußere Einwirkungen an der Lieferung der zu verschiffenden Gegenstände überhaupt oder im unbeschädigten Zustande verhindert wurde, gleichviel, ob die **causa nocens** eine unmittelbar elementarische war oder nicht. S. 372. 11) 12)

Besitz von receipts und Folgen. — Der bloße Besitz von **receipts** giebt dem Inhaber noch kein Recht, aus ihnen zu klagen, sondern hat er sich als Rechtsnachfolger des Abladers zu diesem Zwecke zu legitimiren. S. 370. 1)

Verantwortlichkeit des Rheders für Ladegut. — Die volle Verantwortlichkeit des Rheders für ein Ladegut beginnt keineswegs immer erst, wenn dasselbe an Bord gelangt, sondern stets in dem Momente, wo es abseiten einer hiezu autorisirten Person für das Schiff entgegengenommen, und sonach der Obhut des Abladers oder dessen, der es bis dahin für ihn unter sich hatte, entzogen wird.

Nach allgemeinen seerechtlichen Principien beschränkt sich die Verpflichtung des Rheders bezüglich des übernommenen Ladegutes keineswegs auf bloße Diligenz-Prästirung, vielmehr gilt, namentlich nach nordamerikanischem und englischem Seerechte, als Regel, daß der Rheder, abgesehen von besonderer Uebereinkunft, für jeden dem Beklagten durch äußere Einwirkung zugehenden Schaden haftet, der nicht von **acts of God** oder **public enemies (perils of the sea)** herrührt.

Was eine Beschädigung durch Feuer betrifft, so statuirt das englische Seerecht die Ausnahme, daß der Rheder in Bezug auf Ladegut, abgesehen vom Falle einer Negligenz, vom Ersatz jeder solchen Beschädigung frei sein soll; eine Bestimmung, die übrigens nur auf eine Feuerbeschädigung am Bord des Seeschiffes bezogen zu werden scheint.

Dagegen kennt das nordamerikanische Seerecht diese Ausnahme nicht für den Fall der Feuerentstehung, es sei denn etwa durch Blitz. S. 370. 2) S. 371. 3) 4) 5)

D. Assecuranzrecht.

Streitigkeiten über „Regulirung einer Forderung" begreifen bei Assecuranzen ganz generell alle Fälle, wo es sich von der Größe des zu leistenden Ersatzes handelt.

Nach Entstehungsgrund, Zweck und Sinn der Clausel „frei von Beschädigung, ausgenommen im Strandungsfalle", hat der Versicherer die partikuläre Havarie selbst dann nicht zu erstatten, wenn diese ihrem ganzen Umfange nach unzweifelhaft von bestimmten Vorfällen der Seereise herrührte. S. 209. 1)

Der Umstand allein, daß die versicherte Waare ihren Bestimmungsort nicht erreicht hat, constituirt nicht einen Totalschaden und berechtigt nicht zum Abandon. S. 209. 2)

Die Annahme eines Totalverlustes setzt nicht unbedingt den gänzlichen physischen Untergang und Verlust der versicherten Waare voraus, vielmehr ist eine Waare, obgleich noch Ueberbleibsel von derselben vorhanden sind, als total verloren auch dann zu betrachten, wenn ihre specielle Natur völlig vernichtet und dieselbe dadurch für den Versicherten gänzlich werthlos geworden ist. S. 209. 3)

Der Umstand allein, daß die Ueberbleibsel des versicherten Objectes doch immer noch einigen Geldwerth haben, schließt die Annahme eines Totalverlustes nicht aus. S. 210. 4)

Der Umstand, daß die mit der Clausel „frei von Beschädigung, außer im Strandungsfall,“ versicherten Waaren gänzlich werthlos geworden sind und ihren Bestimmungsort nicht erreicht haben, ist an und für sich nicht als ein dem Versicherer zur Last kommender Totalschaden zu betrachten, weil die Relevanz der Clausel „frei von Beschädigung, außer im Strandungsfall,“ ganz unabhängig ist von der Größe des durch eine Beschädigung der mit dieser Clausel versicherten Waare dem Versicherten erwachsenden pecuniären Schadens. S. 210. 5)

Die Frage, ob die Clausel „außer im Fall der Strandung“ analog ausgedehnt werden könne auf andere Unfälle, welche als eben so schwer, oder schwerer wie der in jenen Worten ausdrücklich bezeichnete sich herausstellte, ist zu verneinen, und anzunehmen, daß nur ein Strandungsfall eine Verpflichtung der Versicherer, welche mit der Clausel gezeichnet haben, begründe. S. 210. 8)

Eine wahre Vernichtung (s. g. effectiver Total-Verlust) ist nur dann vorhanden, wenn ein Gegenstand aufgehört hat zu existiren, gleichgültig, ob er blos untergegangen oder umgeschaffen, d. h. in einen neuen Gegenstand übergegangen ist, oder, wenn der Gegenstand in eine Lage gebracht ward, welche ihn der Disposition seines Herrn bleibend entzieht.

Eine fingirte Vernichtung (s. g. constructiver Totalverlust) deshalb anzunehmen, weil eine Waare ihren Bestimmungsort nicht erreicht, und unverschiffbar, so wie durch längere Aufbewahrung dem gänzlichen Verderben ausgesetzt, in einem Zwischenhafen habe verkauft werden müssen, ist nach hamburgischem Rechte unzulässig.

Bei Anwendung der Clauseln „frei von Leckage“ und „frei von Bruch,“ die sich zu der vorhin besprochenen wie die species zum genus verhalten, kann ohne Zweifel im Falle gänzlichen Auslaufens und gänzlichen Zerbrechens der versicherten Gegenstände kein Anspruch gegen die Versicherer erhoben werden.

Im Allgemeinen Plan wird unter Schaden jede Beschädigung verstanden. S. 211. 10—13)

Das hamburgische Assecuranzrecht schreibt die Anzeige vom bereits erfolgten Abgange des Schiffes als so nothwendig vor, daß ihre Unterlassung den ganzen Vertrag annullirt. S. 225. 1)

Ist dies der Fall, so kommt es weiter gar nicht darauf an, zu untersuchen, ob in dem einzelnen Falle die unterlassene Anzeige ver-

nünftigem Ermessen nach auf den Entschluß des Versicherers, sich überhaupt, oder so wie geschehen, auf die Assecuranz einzulassen, von Einfluß habe sein können.

Dies gilt auch unbedingt in allen solchen Fällen, wo Hamburg der Abgangsort ist und die Versicherer hier wohnen. S. 226. 2) 3)

Der Nachweis der erfolgten Bekanntmachung des Abganges des beregten Schiffes in öffentlichen Blättern kann unmöglich den Beweis der Wissenschaft des Versicherers von diesem Umstande ersetzen.

Es ist ein ausgemachter Satz des Assecuranzrechtes, daß da, wo die Anzeige eines dem Versicherten bekannten Umstandes bestimmt vorgeschrieben ist, diese Anzeigepflicht und mithin die Folgen ihrer Versäumung nur dann wegfallen, wenn der fragliche Umstand dem Versicherer ohnehin wirklich bekannt war, oder doch ohne Weiteres als ihm bekannt vorausgesetzt werden durfte.

Damit die Nichtanzeige von dem Abgange eines Schiffes dem Versicherten unschädlich werde, muß also der Versicherer diesen genauen Abgangstag gekannt haben oder nothwendig haben kennen müssen.

Dem Versicherten kann der Versuch nicht gestattet werden, sich von den Folgen der unterlassenen Anzeige möglicherweise dadurch zu befreien, daß er den Versicherer zu einem Eide nöthigt, über vor längere Zeit gehegte Gedanken und Voraussetzungen, deren er sich in den meisten Fällen gar nicht mehr bewußt sein wird. S. 226. 4—7)

Assecuradeurs, welche um die Mitte des December-Monates eine Assecuranz auf Königsberg[1], inclusive Leichtergefahr, schließen, müssen Eisgefahr, durch welche die zu benutzenden Bordinge betroffen werden können, mit veranschlagen.

In jenen Gegenden kann das Durcheisen von Schiffen als eine im Sinne des § 34 des Allgemeinen Planes an dem betreffenden Abladungsorte ungewöhnliche Weise der Leichterfahrt nicht angesehen werden. S. 234. 2) 3)

Wenn vom eigentlichen Abgangsplatze die versicherte Waare zur Zeit des Assecuranzabschlusses bereits nach einem anderen Orte gebracht worden ist, so berechtigt dieser Umstand die Versicherer dann nicht zur Berufung auf § 33 des Allgem. Planes, wenn dieser zweite Ort zum Revier jenes eigentlichen Abgangsplatzes erweislich gehört.

Eine besondere Anzeigepflicht nach § 15 des Planes liegt dann den Versicherten ob, wenn jener andere Ort eine besondere Gefährlichkeit besitzt. S. 235. 5) 6)

Pflicht des Versicherten. — Die Pflicht eines Versicherten, binnen drei Tagen eine Abschrift seines dem Versicherer zugestellten

Berichtes bei der Ortsbehörde nieder zu legen und in vierzehn Tagen ein Attest der Behörde über Ursprung und Umfang des Unglücks beizubringen, kann nicht auf solche Fälle erstreckt werden, wo die Behörde schon eine Untersuchung ex officio gleich nach dem Brande eingeleitet, und überdies der Agent der Versicherungs-Gesellschaft am Platze anwesend und vom Brande gehörig unterrichtet ist. S. 139. 1)

Wer eine Ladung versichern will, ist unbedingt verpflichtet, die erfolgte Verschiffung eines Theiles der zu versichernden Ladung dem Assecuradeur anzuzeigen, zumal unter Umständen, welche auf den Entschluß des Versicherers von Einfluß sein können. S. 234. 1)

Condemnation eines Schiffes. — Die Condemnation eines Schiffes ist dann aufrecht zu erhalten, wenn das dabei eingehaltene Verfahren bei der Wahl der Sachverständigen nach den Verhältnissen des Condemnationsortes überhaupt nur ein angemessenes gewesen ist, und ist es nicht nöthig, ein Gesetz oder eine Usanz nachzuweisen, nach welcher die Sachverständigen zu der Schiffscondemnation autorisirt waren.

Zur Anwendbarkeit des § 11 a des Allgemeinen Planes genügt nicht, daß die Vornahme der an einem Schiffe erforderlichen Reparaturen Seitens der darüber berufenen Sachverständigen blos den Umständen nach nicht räthlich befunden war.

Doch gilt ein Schiff im Sinne des Allgemeinen Planes als condemnirt, wenn die erforderlichen an sich vielleicht möglichen Reparaturen nach ordnungsmäßiger Erklärung competenter Sachverständiger den obwaltenden Umständen nach nicht vorgenommen werden konnten.

Der Kapitain des in einem solchen Falle befindlichen Schiffes hat vollkommen angemessen gehandelt, wenn er außer der Befragung der am Orte gerade befindlichen fremden Kapitaine, von solchen Leuten ein Gutachten einzog, die er ihrer Stellung und ihrem Beruf nach für geeignet und sachkundig halten mußte. S. 243. 1—4)

Beweis des Schadens. — Die Weisung an den Versicherten, die Richtigkeit seiner Angaben durch Beibringung von Lager- oder Wirthschaftsbüchern darzuthun, kann sich nur auf die außergerichtliche Nachweisung des erlittenen Schadens durch die einfachsten und für den Versicherer überzeugendsten Mittel beziehen.

Sie darf aber nicht dahin ausgelegt werden, daß, wenn solche Bücher nicht vorhanden, oder verbrannt, oder verloren wären, dem Versicherten die Benutzung jeder andern allgemeinen zulässigen und stringenteren Art der Beweisführung im Voraus abgeschnitten wäre. S. 139. 2) S. 140. 3)

E. Concursrecht.

Actio Pauliana. — Die Zulässigkeit der **actio Pauliana** gegen einen Kauf ist dadurch bedingt, daß durch das anzufechtende Geschäft die Gläubiger des Falliten eine wirkliche Vermögensverringerung erlitten, daß der Veräußerer in **fraudem creditorum** contrahirt, und daß der Käufer um die Beeinträchtigung der Gläubiger seines Contrahenten gewußt habe. S. 100. 2)

Zum Beweise der **fraus** eines Falliten genügt, daß selbiger sich durch den Abschluß des gedachten Contractes seines ganzen Vermögens begeben und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger unmöglich gemacht habe, obwohl er die Ansprüche kannte, die ihn zur Insolvenzerklärung nöthigten. S. 100. 3)

Bei rein lucrativen Geschäften ist das Mitwissen des Erwerbers um die **fraus** des Veräußerers zur **actio Pauliana** nicht erforderlich, wohl aber bei onerosen Geschäften.

Die **fraus** des Erwerbers ist zu präsumiren, wenn er beim Abschluß des Geschäfts erweislich Kunde von dem Anspruche der Gläubiger seines Contrahenten gehabt hat. S. 100. 4) 5)

Hat ein Fallit alle seine Activa fortgegeben, so ist sein **animus fraudandi** zu präsumiren, ohne daß es für die Rescission des Geschäftes auf das Mitwissen des Erwerbers um diesen **animus** weiter ankäme. S. 100. 6)

Der **animus fraudandi** cessirt, wenn erwiesen wird, daß das Verkaufsobject nicht mehr als die auf dem Grundstücke haftende Beschwerungssumme werth gewesen sei, als es verkauft ward. S. 100. 7)

Nicht jeder vom Cribar im Zustande materieller Insolvenz abgeschlossene nicht zu einer Befriedigung seiner sämmtlichen Creditoren führende onerose Vertrag über die Gesammthabe kann von den Nichtbefriedigten ohne Weiteres angefochten werden. S. 100. 8)

Die Anwendung der Form eines onerosen Geschäfts allein bewirkt nicht schon, daß der dasselbe Anfechtende neben der Verletzung die betrügerische Absicht beider Contrahenten beweisen müßte; sondern:

Es ist ohne Rücksicht auf die dem Geschäft gegebene Form nach allen concreten Umständen zu prüfen, ob durch solches den unbefriedigten Gläubigern etwas entzogen sei, mithin das Geschäft seiner onerosen Form unerachtet für den Erwerber einen entschieden lucrativen Character habe. S, 100. 9) 10)

Concursrecht. Das Handelsgericht sprach sich dahin aus: Eine Cession, durch welche nicht die Deckung eines einzelnen Gläubigers bezweckt, sondern nur Deckungen einzelner Gläubiger des insolventen

Schuldners zu verhüten, kann von einem Creditor, welcher sich dadurch in seiner legalen Rechtsverfolgung behindert, mittelst der **actio Pauliana** angefochten werden, der Anerkennung solcher Cession abseiten der **curatores bonorum** des Schuldners unerachtet.

Der einzelne Gläubiger hat aber diese Anfechtungsbefugnisse nicht, wenn er nicht als ein durch jene Cession gegen das Princip der **actio Pauliana** speciell lädirter Gläubiger erscheint, sondern als der Vertreter einiger Creditoren des Cedenten, welche **in praejudicium** der Gesammt-Creditorschaft desselben dadurch, daß sie ihre Forderungen auf ihn den Cessionar in Form einer Cession übertrugen, zur bevorzugten Befriedigung gelangen wollten. S. 78. 2) 3)

Dagegen entschied das Obergericht: Die Distinction des Handelsgerichtes **sub a)** 3) sei im Rechte nicht begründet, sondern sei dem **debitor cessus** die Anfechtung der Cession zu gestatten, wenn diese überhaupt nur den Charakter einer erlaubten Transaction trage. — S. 79. b)

Concursrecht. (Nach der Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts.) Die Gültigkeit einer Cession, durch welche der Cessionar nur zu einem Liquidatär in Beziehung auf Forderungen der Masse des Cedenten durch Beschluß der Creditorschaft oder der **curatores bonorum** ernannt worden ist, unterliegt keinem Bedenken, indem dem Cessionar durch die **curatores** nur die Verfolgung derjenigen Rechte übertragen ward, die sie selbst geltend machen konnten.

Freilich kann durch solche Transaction solchen Gläubigern des Cedenten, die bereits vor der förmlichen Insolvenzerklärung desselben ein wohlerworbenes Recht auf Befriedigung aus dessen Gütern hatten, in keiner Weise präjudicirt werden. S. 79. 2) 3)

F. Verlagsrecht.

† **Inhalt und Wirkungen.** Die Wirkungen eines Verlagsrechts müssen als völlig dunkel und unbestimmt angesehen werden, so lange sein specieller Inhalt nicht näher angegeben worden, selbst wenn derjenige, gegen den die Klage auf Verletzung des Verlagsrechtes gerichtet ist, ein Interesse an dem Verlagscontracte nicht zu begründen vermag.*)

Unter Verlagsrecht im Allgemeinen wird nur das Recht des Buchhändlers verstanden, ein ihm überlassenes Manuscript durch den Druck

*) Auf oben und umstehend mit † bezeichnete Sätze bezieht sich ebenfalls die Anmerkung **sub** *) auf Seite 427.

zu vervielfältigen und diese Vervielfältigungen auf buchhändlerischem Wege zu seinem Nutzen zu verbreiten.

In Dubio streitet die Präsumtion dafür, daß auch der Sortimentshändler, welcher nur die körperliche Substanz einer Anzahl von Exemplaren eines Verlagsartikels ohne Verlagsrecht angekauft hat, mit solchem Eigenthum nach freiestem Ermessen verfahren, also beliebige Veränderungen vornehmen darf. S. 266. 10) bis 12)

† Auf die Anzeige eines Sortimentshändlers, welcher größere Parthieen eines fremden Verlagsartikels übernimmt: daß dieser Artikel in seinem Verlage erschienen sei, so wie auf die Aufführung dieses fremden Verlagsartikels unter den eigenen Verlagsartikeln darf kein Gewicht gelegt werden, weil es mit dergleichen Anzeigen und Aufführungen in Verlagscatalogen, im Buchhandel nicht so genau genommen wird. S. 266. 16)

† Ein Verlagscontract über eine wirkliche neue zweite Auflage mit dem Verlagsberechtigten kömmt nicht in Betracht, weil derselbe nach Vollendung der Pseudo-Ausgabe geschlossen worden.

† Aus verschiedenen Büchern und Catalogen, in denen promiscue Commissions-Artikel und Bücher, die in großen Parthieen vom Verleger auf andere Buchhändler übergingen, aufgeführt sind, constirt genügend von selbst, daß es keine rechtswidrige Anmaaßung eines Verlagsrechts ist, wenn der Nichtverleger anzeigt, der betreffende, in Parthieen von ihm erworbene Artikel sei in seinem Verlage erschienen, also auch ohne den Nachweis, ob solchen Ankündigungen eine contractliche Uebereinkunft zu Grunde liegt. S. 267. 22) 23)

† In Ankündigungen der Art (wie so eben angegeben) kann nur die Anzeige gefunden werden, daß das betreffende Buch jederzeit auf dem Sortimentslager des Ankündigers vorräthig sei. S. 268 24)

Das Recht des Verlagsberechtigten, seinem Interesse Geltung zu verschaffen, muß an sich als ein Ausfluß des Verlagsrechts betrachtet werden. S. 268. 5)

Ein Verlagsrecht kann sich der Natur der Sache nach wohl auf mehr, aber nicht weniger als eine ganze Auflage erstrecken, und giebt dem Verleger an allen Exemplaren dieser Auflage das Eigenthum. S. 270. 9)

Ein Verlagsrecht sammt einer Anzahl von Exemplaren erwerben, heißt soviel, als das ausschließliche Recht zum buchhändlerischen Vertriebe der sämmtlichen dazu bestimmten noch vorhandenen Exemplare und selbstverständlich damit das Recht erwerben, jede Verletzung dieses Verlagsrechtes abseiten eines dritten auf Grund des Gesetzes (Artikel 1 der hamb. Verordnung wider Nachdruck von 1847) zu verbieten.

Ein Verkauf von Exemplaren eines Buches, dessen Verlagsrecht ebenfalls mit einer Anzahl von Abdrücken bereits vorher an einen Andern veräußert worden, kann selbstverständlich auch nur mit Vorbehalt des vorher veräußerten Verlagsrechts an der ganzen Auflage erfolgen. S. 270. 10) 11)

Die unwahre Bezeichnung eines Buches als zweite Ausgabe und die Aufnahme derselben in die öffentliche Anzeige der Verlagswerke des Veranstalters dieser Pseudo-Ausgabe ist eine civilrechtlich zu verfolgende Verletzung des Verlagsrechts, weil nach Art. 1 der hamb. Verordnung vom 29. November 1847 dem Verleger in Hamburg ein ausschließliches gegen Dritte wirksames Recht auf die öffentliche Bekanntmachung eines von ihm erworbenen Werkes durch den Druck und auf dessen Veräußerung, d. h. auf den buchhändlerischen Vertrieb, zusteht. S. 270. 12)

Nur der Verleger ist berechtigt, mit einem Artikel seines Verlages, geeigneten Falles unter Zustimmung des Autors, irgend welche Veränderungen vorzunehmen.

Die amtliche Bescheinigung des Auctionators über den wirklichen Erwerb eines Verlagsrechts in öffentlicher Auction ist ein genügender Nachweis für den rechtmäßigen Besitz desselben. S. 271. 13) 14)

Die Bekanntschaft desjenigen, der ein Verlagsrecht verletzt, mit diesem ihm nicht zustehenden Verlagsrecht ist für die Strafbarkeit des Verletzenden, nicht aber für das Recht des Verletzten von Bedeutung, wenn ein eigentlicher Nachdruck in solcher Verletzung liegt.

Es ist schon deshalb, weil Verlagshandlungen sich das Recht, ihre Verlagsartikel mit der Firma des Sortimentshändlers bezeichnet zu verkaufen, besonders bezahlen lassen, eine Verletzung des Verlagsrechts, wenn Sortimentshändler sich dies ohne Wissen und Willen des Verlegers erlauben.

Für die geübte Verletzung eines Verlagsrechts ist es im Hinblick auf das dawider behauptete Gewohnheitsrecht von Bedeutung, daß der Verletzende sehr wohl wußte, daß das Verlagsrecht dem Verletzten gehöre. S. 271. 15) 16) 17)

Verhältniß des Autors zum Verleger. — In die etwaige Ueberschreitung von Befugnissen eines Sortimentshändlers, welcher eine große Anzahl von Exemplaren eines Verlagsartikels angekauft hat, so wie in den Vertrieb der rechtmäßigen, wenn auch unbefugt vom Sortimentshändler abgeänderten, Exemplare kann sich der Autor nicht selbstständig einmischen.

Der Autor kann weder in seiner Ehre, noch in pecuniärer Beziehung benachtheiligt werden durch eine zweite (Pseudo-) Ausgabe seines Buches, weil eine Vervielfältigung dabei nicht stattgefunden. S. 267. 18) 20)

Der Autor, welcher mit seiner, wegen Beseitigung der veränderten Titelblätter von dem von ihm verfaßten Buche gegen den Veranstalter der Pseudoausgabe angestellten Klage rechtskräftig abgewiesen, hat kein durch den Obsieg des dieselbe Klage angestellt habenden Verlagsberechtigten bedingtes Klagerecht mehr.

Das Ehreninteresse des Schriftstellers, eine bestimmte Person in den Augen des Publikums nicht als seinen Verleger erscheinen zu lassen, kömmt nicht in Betracht, weil der Schriftsteller dagegen die Waffe der Oeffentlichkeit in der Hand hat und solches Interesse durch seinseitige Anzeigen wahren kann.

Der Schriftsteller kann, gegenüber einer ohne sein Wissen und Willen von einem gar nicht Verlagsberechtigten veranstalteten zweiten (Pseudo-) Ausgabe, sein pecuniäres Interesse, welches er an dem Erscheinen einer wirklichen zweiten verbesserten Ausgabe hat und welches in dem dafür vom rechtmäßigen Verleger contractmäßig zu beziehenden Honorare liegt, durch eine öffentliche Bekanntmachung, „daß die sogenannte zweite Ausgabe nur die erste mit verändertem Titel sei," wahren. S. 272. 20) 21) 22)

Streitigkeiten über Verlagsrecht. — Legitimation des Verlagsberechtigten. — Für Streitigkeiten zwischen Buchhändlern kann das Niedergericht nicht incompetent sein.

Das Interesse eines Verlagsberechtigten constirt genügend durch den Nachweis, daß er im Besitz des betreffenden Verlagsrechts ist. Weder der Preis, um welchen ein Verlagsrecht erkauft, noch derjenige, für welchen der Käufer solches wiederum einem Dritten angeboten hat, kann auf die zur Competenz des Niedergerichts erforderliche Summe influiren. S. 265. 1) 2) 3)

Zur Legitimation des Klägers wegen eines verletzten Verlagsrechts ist nicht die Beibringung des Verlagscontractes, sondern nur der allgemeine Nachweis des Erwerbes des Verlagsrechtes erforderlich. — S. 265. 5)

II. Civilproceß.

Mangel der Legitimation. — Ein wesentlicher Legitimationsmangel kann noch, und zwar **ex officio**, in höherer Instanz geltend gemacht werden. S. 96. b. 2)

Exceptio litis pendentis. — Die Einrede der in einem andern Gerichte **pendenten** Provocation ist keine proceßhindernde, wenn der Provocat **in provocatorio** nachweist, daß er in einem andern Gericht den gerühmten Anspruch bereits eingeklagt habe. S. 265. 4)

Widerklage. — **Reconventio reconventionis.** — Das Handelsgericht nimmt an, in Uebereinstimmung mit dem Obergerichte, daß die Erhebung einer Widerklage gegen eine Widerklage processualisch völlig unzulässig sei und sich nicht mit einer zweckmäßigen Proceßführung vertrage. Dagegen

Spricht das Ober-Appellations-Gericht die Ansicht aus, daß ein absoluter Rechtssatz dafür nicht existire und die Gestattung einer zweiten Widerklage lediglich von dem Ermessen des Richters abhänge, welches wiederum theils dadurch, daß die Verhandlung über einen Anspruch zweckmäßiger Weise von der über einen verwandten Anspruch nicht zu trennen ist, theils dadurch, daß man Verwirrung des Verfahrens zu vermeiden hat, bestimmt werden muß. S. 190. 1) 2)

Provocationsverfahren. — Daß es bei der **provocatio ex lege diffamari** überall nicht der Nachweisung eines besonderen Interesses bedürfe, das Provocant bei der Klageanstellung habe, diese Provocation hingegen schon dadurch begründet wird, daß der Provocat sich eines klagbaren Anspruches an Provocanten berühmt hatte, den dieser nicht anerkennen will.

Bei der Frage, ob Jemand mittelst Provocation angehalten werden kann, den Anspruch, dessen er sich berühmt, klagend geltend zu machen, kommt es darauf, ob er von seinem angeblichen Klagerechte jetzt schon Gebrauch machen will, nicht an, sondern nur darauf, ob er es bereits kann.

Die Kosten eines gegen Provocaten entschiedenen Verfahrens fallen letzterem zur Last, wenn seine unberechtigte Weigerung, seine Ansprüche zur Klage zu bringen, dem Provocationsverfahren den Charakter eines selbstständigen, durch ein besonderes Urtheil zu erledigenden Rechtsstreites verliehen haben. S. 183. 1) 2) 3)

Intervention. — Eine accessorische Intervention ist völlig unstatthaft, wenn der Intervenient mit einer derjenigen des Klägers völlig gleichen Klage rechtskräftig abgewiesen worden, und erfordert an dem Ausgange des Rechtsstreites ein Interesse des Intervenienten, welches durch den Obsieg der Parthei, welcher er beitreten will, bedingt wird oder beim Unterliegen der Letzteren ihn einem Entschädigungsanspruche aussetzt. S. 271. 19)

Nur eine unrichtige Auffassung der Streitgenossenschaft des Intervenienten und desjenigen, dem derselbe beigetreten (als Litisconsorten) würde deren solidarische Kostenverurtheilung rechtfertigen. S. 272. 23.

Beweisverfahren. Die Aussprüche des Gesundheitsrathes, welchem keine richterliche oder ausübende Gewalt zusteht, begründen nicht ohne Weiteres formelle Wahrheit, die für den urtheilenden Richter unter allen Umständen maaßgebend sein müßte, sondern kommen nur als Gutachten Sachverständiger in Betracht.

Um einen Causalzusammenhang zu constatiren, bedarf es nicht nothwendig eines directen Beweises; derselbe ist vielmehr regelmäßig im Wege der Schlußfolgerung juristisch herzustellen, und zu einer solchen genügt es, wenn die betreffenden Thatsachen in einem solchen nahen äußeren Zusammenhange zu einander stehen, daß, dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zufolge, angenommen werden kann, die eine sei aus der andern hervorgegangen. S. 403. 1) 2)

Zeugenbeweis. Staatsdiener oder sonst öffentlich angestellte Personen büßen durch diese ihre Stellung selbst in Betreff von Vorgängen, welche mit Dienstangelegenheiten in Verbindung stehen, im Allgemeinen an Glaubwürdigkeit nicht ein, und es hängt in den einzelnen Fällen von den jedesmaligen Umständen ab, ob und in wie weit hievon eine Ausnahme zu machen sei. S. 87.

Beweislast. Nach der Praxis des Ober-Appellationsgerichtes kann der Umstand, daß für den einer Parthei obliegenden Beweis einzelne dienliche Momente in den Acten liegen, eine Veränderung der Beweislast nicht motiviren. S. 372. 13)

Der Nachweis von Usancen des Buchhandels, auch wenn der Beklagte sich auf solche mit Entschiedenheit berufen, während der Kläger ein bestimmtes Gesetz für sich in Anspruch nahm, trifft den Kläger, weil ihn nach allgemeinen Proceßgrundsätzen die Beweislast trifft. — S. 266. 9)

Beweis durch Gutachten. Ein Gutachten, welches auf einseitigen Antrag einer Parthei von unbeeidigten Personen abgegeben worden, ist in formeller Beziehung nicht maaßgebend. S. 266. 2)

Ein auf einseitigen Antrag provocirtes unbeschworenes Gutachten entspricht weder aus dem Gesichtspunkte eines Beweises durch Sachverständige, noch eines Zeugenbeweises, den processualischen Erfordernissen irgend wie; daher ein solches Gutachten nicht als Gegenbeweis und auch der sonst nicht zu bestreitende Grundsatz: **reprobatio reprobationis non datur** nicht gelten darf. S. 269. 3)

Beweis von Usanzen. — *) Ein auf einseitigen Antrag einer Parthei provocirtes in formeller Beziehung zwar gerichtsseitig verworfenes Gutachten Sachverständiger liefert dennoch eine bündige Bescheinigung für die beklagtischerseits behauptete, klägerischerseits aber in Abrede gestellte Existenz buchhändlerischer Usancen (Thatsachen).

**) Bei der Beweisführung über die Existenz von Usancen kommt es nur darauf an, ob die Parthei, welche ihr Recht verletzt fühlt, gegen diejenige Thätigkeit, welche die andere Parthei durch Usance zu rechtfertigen versucht, ein Widerspruchsrecht hat. S. 266. 13) 14)

Beweis eines Gewohnheitsrechts. — Die Nachweisung einer Gewohnheit muß demjenigen obliegen, welcher die Behauptung aufgestellt hat, daß sein Verfahren einem allgemein anerkannten Gewohnheitsrechte entspreche. S. 269. 6)

Die Rechtsverletzung, wenn auch an sich begründet, schneidet dem Verletzenden dennoch nicht den Beweis eines von ihm behaupteten, ihm angeblich zur Seite stehenden Gewohnheitsrechtes ab, wenn die behauptete Gewohnheit nicht irrationell ist oder von dem Verletzten nicht schon deren Nichtexistenz nachgewiesen ist. S. 269. 6)

Der § 149 der O. A. G. Ordnung kann nicht so aufgefaßt werden, daß vom O. A. G. **ex officio** der Bericht Sachverständiger eingeholt wird, wenn die vorige Instanz auf Beweis eines Gewohnheitsrechts erkannt hat. S. 240. 8)

Wie eine fremde Rechtsdoctrin zu erweisen. — Es ist nicht ungemessen, zumal in Fällen, worüber kein bestimmtes Gesetz existirt,

---

*) und **) Auch diese beiden vom hamb. Niedergerichte ausgesprochenen Sätze sind glücklicherweise nicht durchgedrungen, indem im gegebenen Falle einerseits die höheren Instanzen in dem einseitigen Gutachten keine bündige Bescheinigung zu erblicken vermochten, andrerseits aber, als im späteren Verfahren dieselben Personen (Leipziger Buchhändler) als beeidigte Sachverständige vernommen wurden, das Resultat dasjenige war: daß dieselben grade das Gegentheil ihrer früheren außergerichtlichen unbeeidigten Aussage deponirten. Anm. d. Red.

ohne vorgängige Instruirung eines ordnungsmäßigen Beweisverfahrens auf bloße schriftstellerische Autoritäten hin über eine in Frage stehende Rechtsdoctrin und deren Anwendbarkeit auf einen concreten Fall zu entscheiden.

Die Beweislast rücksichtlich der unter solchen Umständen zu eruirenden fremden Rechtsprincipien muß immer derjenigen Parthei zugetheilt werden, welche einer Abweichung des fremden Rechts von dem allgemeinen zu ihrem Gunsten geltend machen will.

Das etwa in Folge rechtskräftigen Erkenntnisses zur Anwendung zu bringende fremde Recht ist kein Gegenstand der Officialkenntniß des in der Sache erkennenden Richters, sondern es ist auf Beweis des Rechtes zu erkennen, wenn solches nicht etwa notorisch sein sollte. S. 371. 6) 7) 8)

Appellation. — Wenn in erster Instanz im endlichen Resultate günstig für eine Parthei erkannt ist, da schadet es ihr nicht, wenn sie eine ungünstige Entscheidung über einzelne ihrer Angriffs- oder Vertheidigungs-Mittel ihrerseits nicht anficht, vielmehr kann sie, wenn in zweiter Instanz auf Appellation des Gegners eine im Resultat ihr ungünstige Entscheidung erfolgt, bei ihrer Appellation an die dritte Instanz auf jene Angriffs-, resp. Vertheidigungs-Mittel wieder zurückkommen.

Die vielfältig in Hamburger Sachen vorgekommene Ansicht, daß man verpflichtet sei, wegen derartiger, materiell durch das Vorhandensein einer andern Entscheidung bedeutungslos gewordener Entscheidungen, selbstständig ein Rechtsmittel zu ergreifen, ist ebenso irrig, wie die Ansicht, daß man zur Conservirung reviviscirender Beschwerden selbstständig zu appelliren verbunden sei. S. 210. 6) 7)

Documente, welche nach Production des Appellationslibelles producirt werden, können im spätern Beweisverfahren, nicht aber in appellatorio, berücksichtigt werden. S. 269. 7.

Wenn die früheren Instanzen und der Gegner unrichtige Beweisdocumente nicht bemerkt haben, so hat das Ober-Appellationsgericht, sobald jene Documente von Einfluß auf die Entscheidungen der unteren Instanzen gewesen sind, das Geeignete zur Verbesserung anzuordnen. S. 234. 4)

Adhäsion in der Appellation. — Die Adhäsion des Appellaten ist zulässig, wenn der Appellant das ganze Urtheil voriger Instanz angreift, und in dem positiv Erkannten eine Difformität vorhanden ist. S. 269. 4)

Berufungsfrist. — Das an die rechtzeitige Beibringung des libellus gravaminum gesetzlich geknüpfte praejudicium desertionis bezieht sich auf die ganze Appellation und keineswegs blos auf deren Einführung und die Aufstellung der Beschwerden. S. 12. c) 1)

Nothwendigkeit der Aufstellung einer Beschwerde. — Durch eine bloße Verwahrung in Bezug auf die in zweiter Instanz ausgesprochene Pflicht zur Edition einer Correspondenz kann in dritter Instanz nicht die Aufstellung einer Beschwerde ersetzt werden. S. 326. 4)

Duae conformes. Eine nur negative Conformität zweier vorinstanzlicher Erkenntnisse steht der Appellation an die dritte Instanz nicht entgegen. S. 12. c) 2)

Wenn auch beide unteren Instanzen einen Beweis als anticipiendo erbracht ansehen, aber nicht in gleichem Maaße diese Erbringung beurtheilen, vielmehr von einander abweichend dieselbe würdigen, so sind die Entscheidungen difform. S. 269. 2)

Es ist ausgemacht, daß bei difformen Erkenntnissen auch die Parthei, welche in zweiter Instanz eine theilweise reformatoria erreichte, zum Behuf einer noch günstigen Entscheidung die dritte Instanz anrufen kann.

Uebereinstimmung in einem Entscheidungsgrunde bildet keine Conformität der Erkenntnisse. S. 326. 1) 2)

Beneficium novorum. Es ist völlig unzulässig, das beneficium novorum dazu zu benutzen, um einen in erster Instanz auferlegten Beweis in der höheren zu führen. S. 226. 8)

Das beneficium novorum darf in höherer Instanz nicht benutzt werden zur Antretung eines an sich schon der Parthei zustehenden und in zweiter Instanz ihr noch ausdrücklich vorbehaltenen Beweises (oder Gegenbeweises). S. 269. 7)

Extrajudicial=Appellation. In Fällen, wo man über eine Verfügung sich beschwert, die das Obergericht kraft der ihm zustehenden jurisdictio voluntaria getroffen hatte, und wo es an einem Gegner fehlt, ist die Extrajudicialappellation das allein zulässige Rechtsmittel. S. 397. 2)

Nullitätsquerel. Eine bei der dritten Instanz anzubringende Nullitätsquerel kann nicht auf Gründe gestützt werden, welche bereits in früherer Instanz geltend gemacht, richterlich geprüft und verworfen sind. S. 197.

Kostencompensation. Eine solche tritt in allen Instanzen ein, wenn ein Wechsel in den Entscheidungen der beiden untern Instanzen

stattfand, die Beurtheilung der einschläglichen Fragen in allen Instanzen verschieden und die Rechtsfrage unverkennbar zweifelhaft gewesen ist. S. 14. 18)

Jurisdictio voluntaria. Eine Privatjustizsache liegt überall vor, wo Jemand behauptet, in seinem Privatrechte verletzt zu sein und zwar auch nach gemeinem Rechte, indem es nach diesem keinen Zweifel unterliegt, daß auch Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sobald dabei Privatrechte geltend gemacht werden, gleichviel, ob der Richter, dem die voluntaria jurisdictio zusteht, dabei von Amtswegen, oder auf Antrag eines Gegners verfährt, zu den Justizsachen gehören. S. 397. 1)

III. Criminalproceß.

Recusation eines Richtercollegiums. — Darin, daß die Majorität eines Richtercollegii in ihrer Eigenschaft als Richter oder als Mitglieder der gesetzgebenden Behörde sich für eine gewisse Rechtsansicht entschieden hat, kann ein Grund zur Recusation des Collegii nicht gefunden werden. S. 55. 1)

Beweisfrage. — Es bildet einen nothwendigen Bestandtheil der vom urtheilenden Richter zu erwägenden Beweisfrage, ob die Ermittlungen der Voruntersuchung genügten, um das Geständniß des Inquisiten mit den dafür gelieferten Unterstützungen als vollbeweisend für seine alleinige Thäterschaft anzuerkennen, oder ob in dieser Hinsicht noch Zweifel übrig seien, welche eine Ergänzung der Untersuchung forderten. S. 56. 14)

Geständniß. — Die Beweiskraft eines in einer Criminalsache abgelegten an sich glaubwürdigen Geständnisses kann nur durch Beweis, mindestens Bescheinigung solcher Umstände wieder aufgehoben werden, deren Vorhandensein Ersteres von Anfang an ungültig gemacht haben würde. S. 156. B.

Zweite Instanz. Besetzung der Richterbank. — In zweiter Instanz muß bei gerichtlichen Criminalsachen noch jetzt in plenum des Senats beschlossen werden. S. 55. 6)

Hieran hat der Rath- und Bürgerschluß vom 27. März 1851 über die Organisation des Obergerichts nichts geändert. S. 55. 7)

Für den Begriff des plenum des Senats ist eine volle normalmäßige Besetzung des letzteren nicht unbedingt vorauszusetzen, zumal seit den Rath- und Bürgerschlüssen vom 21. Febr. 1850 und 27. März 1851 die Gesammtzahl der Senatsmitglieder von 28 auf 26 reducirt ist. S. 55. 8)

Die Besetzung der beiden ständigen Criminalactuarstellen, obwohl vom Senat ausgehend, unterliegt doch der jedesmaligen Genehmigung der Bürgerschaft. S. 56. 11)

Jedoch steht es dem Senat vermöge Hauptreceß Art. V. Nr. 7 zu, bei unzureichenden Kräften in den normalmäßigen Beamtenstellen durch Hilfsarbeiter für die gehörige Erledigung der Rechtssachen selbstständig zu sorgen, was die Bürgerschaft implicite durch Anerkennung der für solche Hilfsarbeiter im Budget ausgeworfenen Gehalte genehmigt hat. S. 56. 12)

Vertheidigung. — Eine Vertheidigung pro avertenda inquisitione speciali ist freilich zulässig vor dem artikulirten Verhör; aber nirgends vorgeschrieben, daß solche nothwendig sei, oder der Inquisit besonders deshalb befragt werden müsse. S. 56. 13)

Competenz der dritten Instanz. — Es ist zulässig, gegen Hamburgische obergerichtliche Criminal-Erkenntnisse an das Ober-Appellationsgericht eine Nullitätsquerel zu richten. S. 55. 2)

Das Ober-Appellationsgericht ist incompetent in solchen Fällen, wo der Senat als solcher ein Criminal-Erkenntniß abgegeben; competent aber, wenn der Senat als verstärktes Obergericht gesprochen hat. S. 55. 3)

Gegen den Inhalt eines obergerichtlichen Erkenntnisses ist eine Nullitätsquerel an das Ober-Appellationsgericht unstatthaft. S. 56. 15)

Nullität. Ein Umstand, der früher in derselben Sache als Recusationsgrund rechtskräftig verworfen wurde, kann später nicht als Nullitätsgrund gegen das auf Grund jener Verwerfung erlassene Urtheil geltend gemacht werden. S. 55. 9)

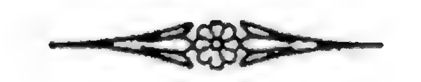
Hat ein Beamter die Untersuchung geführt, welcher hiezu verfassungsmäßig nicht berechtigt war, und wird dieser Mangel nicht nachträglich geheilt, so leibet das ganze spätere Verfahren hiedurch an Nullität, weil die Gerichte ihre Entscheidung auf einen Acten-Inhalt gebauet haben, welchem die Eigenschaft einer rechtsbeständigen Grundlage der Aburtheilung und die erforderliche Glaubwürdigkeit abgeht. S. 55. 10)

Nullitätsquerel. Formalien. — Für die Nullitätsquerel beim Ober-Appellationsgericht giebt es keinen besonderen Act der Einlegung dieses Rechtsmittels, sondern muß dasselbe zugleich bei der Einführung und innerhalb der für diese bestimmten Frist gerechtfertigt werden. — S. 55. 4)

Zur Einführung dieses Rechtsmittels genügt nicht, daß der Querulant nur im Allgemeinen die Gesichtspunkte bezeichne, aus denen er

eine Anfechtung des Urtheils beabsichtigt, sondern es müssen die concreten factischen Umstände, welche einen wesentlichen Mangel ergeben, einzeln und genau angeführt werden. S. 55. 5)

Preßvergehen. Besteht das corpus delicti eines Preßvergehens nicht etwa in einem ursprünglich zusammenhängenden, nur für den Abdruck und die Publication in verschiedene Nummern des Zeitblattes abgebrochene Aufsatze, und wurde vielmehr durch jede der mehreren zu verschiedener Zeit verfaßten Druckschriften eine Contravention selbstständig begangen, so hat das Gericht für die Strafausmessung die mehrfach verwirkten Strafen zu addiren. In solchem Falle ist nur in so weit die strafmindernde Theorie von fortgesetzten Vergehen anzuwenden, als es die Berücksichtigung der Einheit des Zweckes, welcher wiederholend verfolgt, und des Strafgesetzes, welches dadurch von Neuem übertreten wurde, gestattet. S. 197.



Sachregister.

Seite

Abgang des versicherten Schiffs, Nachweis der darüber erfolgten Bekanntmachung, ersetzt nicht den Beweis, daß der Versicherer darum gewußt 231
Abgangsort, unrichtige Angabe desselben, wann unbegründet . 241
Abladeplatz, Folgen daraus, daß die versicherte Waare solchen zur Zeit des Versicherungsabschlusses schon verlassen . . . 240
Actio Pauliana gegen einen Kauf, wodurch sie bedingt ist. . 101
Actio Pauliana, wann zu derselben das Mitwissen des Erwerbers um die fraus des Veräußerers erforderlich. 103
Addition der mehrfach verwirkten Strafen findet statt, wenn ein strafbarer Artikel durch mehrere Nummern eines Blattes läuft 205
Adhäsion des Appellaten zulässig, wenn Appellant das ganze vorinstanzliche Erkenntniß angreift und positive Difformität vorhanden ist 294
Administrationsrecht der Mutter, nach deutschem Recht . . 37
Alimente, gegen Leistung derselben kann der sie Versprechende sich schützen durch Beweis der Besserung der Lage des Alimentirten 256
Alimentationspflicht der Kinder gegen die Eltern, wodurch bedingt 257
Alimentationspflicht der Kinder, wann sie die Reducirung der Alimente verlangen können 257
Alimentationsverpflichtung, welche der Mann seine Frau gegen die Schwiegermutter eingehen läßt 254
Alimentationsverpflichtung, enthält keine persönliche Verpflichtung des Mannes auf den Todesfall seiner Frau 254
Anerkennung einer Schuld durch Handlungen erlauben den Schluß auf das Dasein jener, wenn der Handelnde das Bewußtsein derselben gehabt haben kann 138
Anfechtbarkeit oneroser vom Falliten abgeschlossener Verträge . 108

Seite
Anfechtung oneroser Verträge der Form nach 108
Animus fraudandi des Falliten zu präsumiren, wenn selbiger alle seine Activa weggegeben 105
Animus fraudandi, wann er cessirt 105
Anzeige, die, vom Abgange des versicherten Schiffes nothwendig 228. 229
Anzeige, die, vom Abgange des Schiffs unterlassen, nullificirt den Vertrag 229
Anzeige, unterlassne, macht die Untersuchung unnöthig, ob sie Einfluß auf die Entschließungen des Versicherers gehabt haben würde 230
Anzeigepflicht abseiten des Versicherten, mit den Folgen ihrer Versäumung, wenn sie wegfällt 232
Anzeigepflicht, unterlassen, des Versicherten; von ihren Folgen kann derselbe sich nicht befreien, daß er dem Versicherer einen Eid deferirt über Gedanken und Voraussetzungen früherer Zeit 232
Appellation an die dritte Instanz, in solcher kann die in zweiter Instanz unterlegne Parthei auf ihre in erster gebrauchten Angriffs- resp. Vertheidigungsmittel zurückkommen 217
Appellation, vollständige, zur Conservirung reviviscirender Beschwerden 218
Armenanstalt, ihre Vorsteher, Pfleger und Aerzte sind als Mitglieder einer Hamburgischen Behörde zu betrachten . . . 204
Arzt. Haftung desselben für Verschulden in seiner Behandlung . 415
Aufsichtsrecht der Kinder über das gemeinsame Vermögen . . 40
Aufsichtsrecht, den mündigen Kindern nicht auf das Gesammtvermögen zuständig 15
Auftraggeber haftet für die Folgen der Wissenschaft und der bösen Absicht seines Bevollmächtigten dem dritten 145
Ausnahmen strict zu interpretiren, außer bei nachweisbar weitergehenden Willen der Paciscenten 218
Autor, dessen Ehre wird nicht durch eine zweite Pseudo-Ausgabe verletzt 286
Autor, dessen Nichtbetheiligung an einer Titelausgabe, woran sie zu erkennen 286
Autor hat kein Recht, sich in die unbefugten Handlungen des Sortimentshändlers zu mengen 286
Autor, kann gegen eine falsche Titelausgabe sein Geldinteresse an einer zweiten wirklichen durch öffentliche Anzeige wahren 300. 301
Autor, sein Ehreninteresse Jemand vor dem Publikum nicht als seinen Verleger gelten zu lassen, kommt nicht in Betracht . 300

Seite

Autor, wegen Anspruchs aus der Titelausgabe abgewiesen, erwirbt aus dem desfallsigen Obsieg des Verlegers kein Klagerecht . 300
Autoritäten, schriftstellerische, über eine Rechtsdoctrin, ersetzen nicht das ordnungsmäßige Beweisverfahren 379
Beischlaf, fast immer nur durch Schlußfolgerungen zu erweisen. 182
Belegung des Gemeingutes auf Namen von Gatten und Kinder fordert nicht das Lübecker Recht. 36
Belegung des Gemeingutes auf Namen von Gatten und Kinder können diese in Hamburg nicht fordern. 39
Belegung des Gesammtvermögens auf Namen von Mutter und Kinder kann die Gesammtheit der letztern fordern. . . . 16
Beneficium competentiae, ob solches Kindern zustehe die von ihren Eltern aus einer Schuld belangt werden . . . 253
Beneficium novorum darf nicht dazu benutzt werden, um einen an sich schon der Parthei zustehenden und ihr in zweiter Instanz vorbehaltnen Beweis anzutreten 294
Beneficium novorum darf nicht dazu benutzt werden, einen in erster Instanz auferlegten Beweis in einer höhern zu führen 231
Beschwerde in dritter Instanz, nicht zu ersetzen durch eine bloße Verwahrung 348
Beweiskraft eines in einer Criminalsache abgelegten Geständnisses, wodurch es wieder aufgehoben 164
Beweislast über fremde Rechtsprincipien, wen sie trifft . . . 379
Beweislast wird nicht geändert dadurch, daß für den Beweis einzelne dienliche Momente in den Acten liegen . . . 381. 393
Blancoindossament, Ausfüllung desselben, rechtliche Wirkungen für den Wechsel 314
Blancoindossament, durch dasselbe entsteht kein Obligationsnexus zwischen dem Blancoindossenten und jedem spätern Inhaber . 313
Blancoindossirung eines Bankbillets, dessen Wirkungen . . 304 f.
Blancoindossirung, specielle Wirkungen für die spätern Inhaber eines Bankbillets 314
Capitän eines condemnirten Schiffs, wenn er seine Pflicht erfüllt hat 249
Causalzusammenhang, zu Construirung desselben dient regelmäßig eine juristische Schlußfolgerung 409
Cession anzufechten, wann der einzelne Gläubiger dazu berechtigt 81
Cession gültig, wenn durch sie der Cessionar nur Liquidatär bezüglich der Masseforderungen geworden. 84
Cession, simulirte, hat keine Kraft und bedarf keiner förmlichen Rescission 85

Seite
Cession zur Deckung einzelner Gläubiger durch die **actio Pauliana** anzufechten. 80
Clausel „außer im Strandungsfalle" nicht analog auszudehnen . 218
Clausel „frei von Beschädigung, außer im Strandungsfalle," ihre Relevanz 215
Clauseln: „frei von Leckage" und „frei von Bruch" bei Totalverlust ohne Folgen 223
Commissionär, der für Andere consignirt, was er von seinen Consignatairen verlangen muß 355
Commissionär, der für Andere Waaren consignirt, die von ihm zu prästirende Diligenz 355
Commissionär hat, wenn er gegen Vorschrift verkaufte, sich die Schätzung der Interessen gefallen zu lassen, die der Committent bei seinem ersten Auftrage festgesetzt. 358
Commissionär, ihm ist der Beweis nachzulassen, daß der Committent sich zu seinem Schaden bei jener Berechnung bereichern würde 358
Commissionär ist verpflichtet, das übernommene Geschäft zu Ende zu führen 354
Committent, Rechte desselben gegen den Principal seines Commissionär 51
Compensation der Proceßkosten, wann am Ort 44
Competenz des Ober.-A.-Ger. für Criminalerkenntnisse des Obergerichtes 68
Communauté légale des französischen Rechtes, dauert nach eines Gatten Tode nicht fort 18
Communio prorogata enthält ein neues Rechtsverhältniß für und in Bezug auf die Kinder 31
Condemnation eines Schiffs giltig, wenn das dabei eingehaltene Verfahren bei der Wahl der Sachverständigen nach den Verhältnissen des Condemnationsortes ein angemessenes gewesen 248
Condemnation eines Schiffes nach Allgem. Plan dann zulässig, wenn die erforderlichen Reparaturen nach Erklärung competenter Sachverständigen den obwaltenden Umständen nach nicht vorgenommen werden konnten 244
Conformität der Erkenntnisse, findet sich nicht in dem Uebereinstimmen von Entscheidungsgründen 338
Conformität, negative, hindert nicht die Appellation. . . 21.22
Consens, älterlicher, in die Heirath der Kinder, wann er vom Obergericht supplirt wird 97

Seite
Consens zur Heirath, wer die Supplirung desselben vom Obergericht verlangen darf 97
Contrahenten, Ausdruck der wahren Meinung derselben . . 364
Correspondenten und **Geschäftsverbundene**, ihre Pflichten gegen einander 154
Criminalactuarstellen, ihre Besetzung unterliegt der Genehmigung der Bürgerschaft 73
Criminalerkenntnisse, zweiter Instanz, fällt das **plenum** des Senates 71
Damnum fatale beim **receptum**, wie es aufzufassen . .380.392
Darlehnsverhältniß wird dadurch nicht alterirt, daß die dafür verpfändeten Grundstücke inzwischen in andre Hände übergegangen sind 187
Debitor cessus hat nicht nöthig, die Legitimation des Cessionars vor einer Zinszahlung an ihn zu untersuchen 138
Debitor cessus, welche Forderungen an den Cedenten darf jener dem Cessionar opponiren 80
Defensio pro avertenda inquisitione speciali 76
Dienste unter Geschwistern, durch Kost und Mietbezahlung und Darreichung kleiner Bedürfnisse compensirt. 127
Dienstverhältniß unter Geschwistern 124
Dienstverhältniß unter Geschwistern giebt an sich keinen Anspruch auf richterlich zu bestimmenden Lohn 126
Dienstverhältniß unter Geschwistern läßt ein Lohnverhältniß voraussetzen, wenn die Dienste in einem Gewerbe geleistet wurden 128
Dienstverhältniß zwischen Partheien giebt Anspruch auf Vergütung, selbst ohne desfallige Abrede 123
Difforme Erkenntnisse gestatten dem, der in zweiter Instanz eine partielle **reformatoria** erlangte, die Anrufung der dritten für eine noch günstigere Decision 338
Difformität der Entscheidungen ist vorhanden, wenn auch beide untern Instanzen einen Beweis als **anticipiendo** erbracht ansehen, aber in Beurtheilung desselben von einander abweichen 292
Dokumente, nach dem Appellationslibell producirt, können nicht **in appellatorio**, wohl aber in spätern Beweisverfahren berücksichtigt werden. 289
Durcheisen eines Schiffes nicht als ungewöhnliche Art der Leichterfahrt anzusehen 238
Eheconsens, älterlicher, wodurch wird dessen Verweigerung hinreichend motivirt 98

Seite
Eheconsens, älterlicher, worauf es bei der Beurtheilung, ob derselbe rechtlich verweigert sei, ankommt 98
Ehecontract, Abschließung desselben im Auslande 23
Ehecontract, ein solcher geht dem gesetzlichen und herkömmlichen Rechte vor 42
Ehepacte, bindende Kraft einer solchen 26. 31
Eisgefahr zu berücksichtigen bei Assekuranzen auf Königsberg incl. Leichtergefahr 238
Erbfolge, gesetzliche; für ihre Regulirung gilt das Recht des domicilii defuncti tempore mortis 33
Exceptio provocationis pendentis, wann nicht proceßhindernd 279
Extrajudicialappellation, wann zulässig 401
Feuerbeschädigung am Bord des Seeschiffs nach Englischem Rechte 374
Feuerbeschädigung am Bord des Seeschiffs, Nordamerikanisches Recht 379
Fraus des Erwerbers, wann zu präsumiren 103
Fraus des Falliten, was zum Beweise desselben genügt . . . 102
Geschäftsverbundene, kaufmännische, haben die Pflicht prompter und ausreichender brieflicher Benachrichtigung 155
Geständniß des Inquisiten in Bezug auf die Ermittlungen der Voruntersuchung 77
Gesundheitsrath, Aussprüche desselben begründen nicht ohne Weiteres formelle Wahrheit 408
Gewohnheit, solche muß der nachweisen, welcher sich auf ein bestehendes Gewohnheitsrecht für seine Handlungen beruft . 289
Gläubiger, welche bereits früher Rechte auf Befriedigung erwarben, in Bezug auf Cession 84
Gütergemeinschaft, allgemeine, daraus nicht zu folgernde Verpflichtung des überlebenden Gatten 15
Gütergemeinschaft, ob fortgesetzt, nach welchen Gesetzen dies zu beurtheilen 27
Güterrechte zwischen Ehegatten vertragsmäßig gegen die Gesetze des Domicils festzusetzen, wann erlaubt 18
Gutachten, einseitig provocirt und unbeschworen ist weder Beweis durch Sachverständige noch durch Zeugen 293
Gutachten, unbeeidigtes, ist nicht maßgebend 282
Gutachten, wenn es formell gerichtsseitig verworfen, hat doch gewissen Werth 283

Seite

Haftung de veritate, erzeugt nur zwischen dem Begebenden und seinem Contrahenten Rechtsbeziehungen, nicht zu spätern Erwerbern 313
Haftung, persönliche, des Contrahenten 48
Hamburger ältere Schriftsteller geben den Kindern nur das Recht, ein Inventar zu verlangen 41
Hülfsarbeiter, vom Senate anzustellen erlaubt im Rechtssache . 74
Indossatar, der vom Remittenten den Auftrag zur Präsentation des Wechsels zum Accept erhält, macht sich durch Unterlassung derselben schadenspflichtig. 154
Indossatar ist nicht verpflichtet, vor Verfall des Wechsels irgend eine Thätigkeit auszuüben 154
Indossatar, Stellung und Verpflichtungen desselben 153
Indossirung an einen Rimessenempfänger gilt von diesem als genehmigt, wenn er die Rimesse nicht sofort zurücksendet und mit dem Sendenden in laufender Rechnung steht 151
Interpretation von Rechtsgeschäften 362
Intervention, accessorische, wann sie unstatthaft ist 299
Intimität, äußerste, zweier Personen verschiedenen Geschlechtes, streitet für die Fortdauer desselben 114
Jugend als Milderungsgrund in Criminalfällen 65
Kinder können nur gesammt ihre Rechte gegen die Mutter geltend machen, nicht jedes einzeln 44
Kosten des Hin- und Rücktransportes einer Waare 8
Kostenverurtheilung, solidarische, kann einen Intervenienten und den ihm beigetretnen Litisconsorten nicht treffen . . . 301
Legitimationsmangel, wesentlicher, kann noch in höherer Instanz ex officio geltend gemacht werden 98
Lucrativer Charakter bei der Form nach onerosen Geschäften zu untersuchen. 109
Mortification eines Papiers, in Bezug auf die etwa verbotene Vindication der Papiere au porteur . . . . .316f.
Mortification eines Papiers, Natur und Bestimmung derselben.314f.
Mortificirung eines Werthpapiers, Verpflichtungen des sie Beantragenden . . . . .321f.
Nachdruck, seine Voraussetzung und rechtliche Folgen . . . 277
Nachdruck, wozu er den Autor berechtigt 286
Namhaftmachung der Käufer, ob zu verlangen, wenn am Verkaufsorte dies nicht üblich 54

Seite
Nichtanzeige vom Abgang des Schiffs, wann sie dem Versicherten unschädlich 232
Nichtigkeitsbeschwerde beim O.-A.-Gericht kann nicht auf solche Gründe gestützt werden, welche bereits in früherer Instanz verworfen wurden. 208
Nichtigkeitsgrund, ein solcher ist nicht in dem unrichtigen Inhalte eines Erkenntnisses zu suchen 208
† **Nichtverleger**, Anzeige, daß ein Buch bei ihm erschienen, keine rechtswidrige Anmaßung des Verlagsrechtes*). 287
† **Nichtverleger**, Anzeige, daß ein Buch bei ihm erschienen, was sie einzig besagt 287
Niedergericht, Competenz in Streitigkeiten zwischen Buchhändlern 279
Niedergerichts-Competenz richtet sich bei buchhändlerischen Streitigkeiten nicht nach dem Preise des Verlagsrechtes . . . 279
Nullitätsgrund, als solcher kann ein früher verworfner Recusationsgrund nicht geltend gemacht werden 72
Nullitätsgrund daraus, daß ein zur Führung der Untersuchung unberechtigter Beamter dieselbe geführt hat 73
Nullitätsquerel beim O.-A.-Gericht muß bei der Einführung zugleich justificirt werden. 69
Nullitätsquerel beim O.-A.-G. bedarf keiner besondern Einlegung 69
Nullitätsquerel beim O.-A.-G., was zur Einführung derselben gehört 69.70
Nullitätsquerel gegen Inhalt des obergerichtlichen Erkenntnisses unstatthaft 77
Nullitätsquerel gegen obergerichtliche Criminalerkenntnisse . . 68
Obergerichtsorganisation von 1851. 71
Obligatio alendi, für dieselbe entscheidet reciprok zwischen Eltern und Kindern die Fähigkeit, Alimente zu leisten . . 254
Partikuläre Havarie, wann der Versicherer solche nicht zu erstatten hat. 212
Plenum des Senates, fordert nicht unbedingt die volle normalmäßige Besetzung desselben 71
Polizeiliche Untersuchungskosten, wann sie der im Preßproceß Verurtheilte nicht zu tragen hat 205
Praejudicium desertionis in Bezug auf den libellus gravaminum 21

---

*) cf. Anmerkung auf Seite 427.

Seite

Preßvergehen der Weglassung der Buchdruckerfirma entscheidet die Polizei. 278
Privatjustizsache, wann eine solche vorliegt 400
Provocatio ex lege diffamari, wodurch sie begründet wird 186
Provocation, bei der, kommt es nicht darauf an, ob der Provocat sein angebliches Recht jetzt schon gebrauchen will, sondern ob er es kann 187
Provocationsverfahren, Kosten desselben, wann sie dem Provocaten zur Last fallen 188
Publikation, förmliche, der Criminalerkenntnisse 75
Receipts, Besitz derselben, giebt dem Inhaber noch kein Klagerecht 373
Receptum, Verhaftung des Schiffers aus demselben. . . . 380
Receß von 1529, Art. 33, welche Rechte er den Kindern gegen die Mutter gewährt 37.38
Recht, fremdes, ist kein Gegenstand der Officialkenntniß des Richters 378
Rechtsmittel, selbstständig zu ergreifen wegen der materiell durch eine andere Entscheidung bedeutungslos gewordner Entscheidungen, ist unnöthig 217
Rechtsverhältniß zwischen Ehegatten, gesetzliches, als jus pactitium zu behandeln 26
Recusation eines Rechtscollegii in Criminalsachen . . . 61
Regulirung einer Forderung bei Assekuranzen. 363
Sachverständiger, Bericht, wird vom O.-A.-Gericht nicht ex officio eingeholt, wenn die vorige Instanz auf Beweis eines Gewohnheitsrechts erkannte 294
Schaden ist nach dem Allgem. Plan jede Beschädigung . . . 222
Schiedsmänner können die Partheien zum einstweiligen gerichtlichen Verfahren verweisen 360
Schiffer, dessen Verhaftung nach gemeinem Seerechte. . .380.392
Schiffer, dessen Verhaftung nach Römischem Rechte für die Gefahr der Waare. 380
Schlußfolgerung, Beweiskraft derselben geschwächt, je näher die Möglichkeit eines Irrthums liegt 138
Sicherstellung, hypothekarische, des Vermögens können in Hamburg die Kinder nicht fordern 34.35
Simulation, als Anfechtungsgrund des Verkaufs eines Grundstückes 101
† **Sortimentshändler**, auf seine Anzeige kein rechtliches Gewicht zu legen 284

Seite
Sortimentshändler, der Exemplare eines Buches gekauft hat, seine Berechtigung 283
† **Sortimentshändler**, die Frage über seine Befugnisse in Bezug auf Totalausgaben und Ankündigungen ist nur mit dem Verleger auszumachen 286
Staatsdiener und öffentlich angestellte Personen als glaubwürdige Zeugen in Dienstangelegenheiten 92
Status über das Gesammtvermögen, kann in Hamburg das einzelne Kind verlangen 15
Titelausgabe, falsche, beeinträchtigt den Absatz der Original-Exemplare 297
Titelausgabe, in wiefern durch solche Verlags- oder Rechte Dritter gekränkt seien, darüber entscheiden die Civilgerichte . 277
† **Titelausgabe**, kein Nachdruck 288
Titelausgabe, mit der unwahren Bezeichnung „zweite Ausgabe" ist keine Vervielfältigung in substrato 288
† **Titelausgabe**, unberechtigte, keine Täuschung 277
Titelausgabe zu veranstalten steht dem Käufer von Exemplaren eines Buches nicht zu 288
† **Titelausgaben**, auf sie sind die bundesrechtlichen Nachdrucksgesetze unanwendbar 282
† **Titelausgaben**, bei, kommt es auf unerhebliche Auslassungen nicht an 283
Titelausgaben, nach welchen Normen sie rechtlich zu beurtheilen sind 282
Titelausgaben, unberechtigte, motiviren weder Polizeiverbot noch Polizeistrafe 277
Todesstrafe, ob in Hamburg gesetzlich abgeschafft 65
Totalschaden wird dadurch allein nicht constituirt, daß die Waare ihren Bestimmungsort nicht erreichte 213
Totalverlust, constructiver (fingirte Vernichtung) wann nicht anzunehmen 221
Totalverlust, effectiver, oder wahre Vernichtung, wann solche vorhanden 219
Totalverlust einer Waare, wann solcher anzunehmen . . . 214
Totalverlust vorhanden, selbst wenn die Ueberbleibsel der Waare noch einigen Geldwerth haben 214
Trassat, dessen Verhältniß zum Remittenten oder Wechselempfänger 152
Trassat ist bis zum Verfall des Wechsels zu keiner Thätigkeit verbunden 153
Trassat, welcher zugleich Indossatar ist, muß die mit jeder dieser beiden Stellungen verbundnen Pflichten erfüllen 152

Seite

Trassat, wenn er die Erklärung über Accept oder Nicht-Accept ablehnt, so steht dies dem Nicht-Accept gleich 153
Trassat wird durch §. 21 der Allgem. D. Wechsel.-O. von einem anderweitigen Zahlungsversprechen nicht liberirt 149
Trödelvertrag, Aehnlichkeit mit Consignation 8
Trödelvertrag, aus welchen Umständen auf das Vorhandensein eines solchen zu schließen 8
Trödelvertrag, Unterschied von Consignation. 8
Trödelvertrag, was zum Wesen desselben gehört 8
Trödelvertrag, woraus zu schließen, ob die Gefahr auf den Trödler übergegangen 10
Trödler, ein Institor seines Auftraggebers. 9
Trödler, muß in bestimmter Zeit die Rückgabe der Waare offeriren 10
Trödler, welcher die Gefahr der Sache trägt 9
Trödler, welcher die Waare nicht zurückliefert 10
Uebereinkunft, mündliche, der Partheien im Gegensatz von späterer schriftlicher Abrede 5. 7
Ueberlebender Gatte, wonach sein Verhältniß zu seinen mündigen Kindern zu beurtheilen 15
Uebertragung, wechselmäßige, daß eine solche dem Indossatar **de veritate et de bonitate** cavirt, ist eine den Wechsel eigene nicht zu extendirende Singularität 313
Unrichtige Beweisdokumente, von den untern Instanzen zu übersehen, wann das O.-A.-Gericht solche zu rügen hat . . 239
Usanzen im Buchhandel, wer dieselbe zu beweisen hat . . . 283
Usanzen, wann auf deren Beweis zu erkennen 284
Verantwortlichkeit des Rheders für das Ladegut, wann es beginnt. 373
Verantwortlichkeit des Rheders für Ladegut erstreckt sich auf jeden durch äußere Einwirkung hervorgebrachten Schaden . 374
Verkaufscommissionär, dessen Rechnung noch zu justificiren . 53
Verkaufscommissionär, Pflicht desselben, wenn er unter dem Facturapreise verkaufte; ob derselbe verpflichtet, die Namen der Käufer aufzugeben . . . . 52f.
Verkaufscommittent, Rechte desselben . . . . .343f.
Verkaufspreis einer Waare am Bestimmungsplatze repräsentirt außer dem Facturawerth auch die Unkosten darauf . . . 191
Verlagsartikel zu verändern darf sich nur der Verleger erlauben 296
Verlagsberechtigter, wodurch sein Interesse hinreichend constituirt wird 279. 281

Seite

Verlagscontract über eine zweite Ausgabe im Verhältniß zur vorhergehenden Titelausgabe 286
Verlagsrecht, Ausfluß desselben an sich ist das Recht des Verlagsberechtigten, seinem Interesse Geltung zu verschaffen . . . 289
Verlagsrecht des Buchhändlers, was darunter zu verstehen . . 283
Verlagsrecht, die offenbare Verletzung desselben schneidet dem Verletzenden nicht den Beweis eines ihm angeblich zur Seite stehenden nicht irrationellen, vom Verletzten nicht schon widerlegten Gewohnheitsrechtes ab 294
Verlagsrecht, die Unbekanntschaft des dasselbe Verletzenden mit dem ihm nicht zustehenden Rechte und ihr Einfluß . . . 297
Verlagsrecht, ein Eingriff in dasselbe ist die unwahre Bezeichnung des Buches als zweite Ausgabe und dessen Ankündigung . 288
Verlagsrecht, eine falsche Titelausgabe und Anzeige derselben ist eine civilrechtlich zu verfolgende Verletzung des Verlagsrechtes 296
Verlagsrecht erstreckt auf die ganze Auflage, und auch wohl auf mehr 295
Verlagsrecht, für die Verletzung desselben ist es in Hinblick auf ein dawider behauptetes Gewohnheitsrecht von Bedeutung, daß der Verletzende das Recht kannte 298
Verlagsrecht, genügender Beweis für den rechtmäßigen Besitz ist die Bescheinigung des Auctionators über den Erwerb in Auction 296
Verlagsrecht mit einer Anzahl Exemplare erwerben, was das heißt 295
Verlagsrecht, Verletzung desselben ist die Veranstaltung einer falschen Titelausgabe und Ankündigung derselben durch einen Unberechtigten 295
Verlagsrecht, Verletzung desselben ist schon, wenn Sortimentshändler mit ihrer Firma fremde Artikel ohne Erlaubniß des Verlegers ausbieten 298
Verlagsrecht, wie seine Wirkungen anzusehen, wenn sein specieller Inhalt nicht angegeben ist 283
Vermögensgemeinschaft zwischen dem überlebenden Gatten und Kindern nach den Domicilsgesetzen des Erstern zu beurtheilen 33
Versicherer einer Ladung sind verpflichtet, die erfolgte Verschiffung eines Theils derselben dem Versicherer anzuzeigen 236
Versicherer kann nicht gezwungen werden, sich über Voraussetzungen und Vermuthungen zu erklären, die ihn bei Uebernahme der Versicherung geleitet haben mögen 228
Versicherter, dessen Bücher nicht vorhanden, darf anderweitig beweisen 140

Seite
Versicherter, Pflichten desselben nach dem Unglück, wann nicht auszudehnen 140
Versicherter, wie er die Richtigkeit seiner Angaben zu belegen habe 140
Vindication von Papieren gegen den **bona fide** Inhaber, wenn verboten, welche Wirkung sie hat 317
Vollmacht ist nicht mit verpflichtendem Auftrage zu verwechseln. 202
Widerklage, die Gestattung einer zweiten, hängt vom Ermessen des Richters ab 196
Widerklage, eine zweite, wenn solche vom Richter zu gestatten ist 196
Widerklage gegen eine Widerklage unzulässig. 191.193
Zeugen, seine Vermuthungen kommen nicht in Betracht . . . 94
Zinszahlung begrübet nie eine Hauptobligation 137
Zinszahlung, ein Act der Anerkennung der Capitalschuld, doch keine Uebernahme von Verpflichtung für diese und fernere Zinsen . . . . .135f.
Zinszahlung läßt dem Zahlenden den Beweis, **indebite** gezahlt zu haben, offen 137
Zinszahlung, mehrjährige, als Beweis einer Capitalschuld . . 134
Zurechnungsfähigkeit in Criminalfällen 65

Verzeichniß der citirten Autoren.

Seite
Wening Civilrecht III 9.135
Pöhls Darstellung der Lehre vom Innominatcontract 9
Zachariä Lehrbuch des französischen Rechts 2te Aufl. 27
Duranton cours de droit civil Tom. III 27
Trummer hamb. Erbrecht Th. I 33.37.39.41
Klefecker Th. IV 35.38
Pauli Abhandlungen Th. II 36
Gries Commentar 36.38.39.40
Lange Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter 37
Philipps Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft 37
Runde deutsches eheliches Güterrecht 37
Vinc. Möller comm. ad Statut. III. 7, 7 (Thes. jur. prov. II. p 320). 41
U. Winckell emendat. et adnot. ad art. 5. Stat. III 7 (Thes. jur. prov. I. p. 859) 41
J. J. Müller adnotat. ad art. id. (Thes. jur. prov. II. p. 792) 41.42
Schaffhausen Diss. de jure sing. Hamb. 41
Wolff Diss. de jure sing. circa success. 42
Blume O.-A.-Gerichtsordnung 68.77
Savigny System 105.321
Mevius decissiones 135
Brunnemann commentar. in Pand. 135
Glück Commentar Bd. 21 135
H. Keller über die rechtliche Bedeutung langjähriger Zinszahlung (in Sell's Jahrb. B. 3) 135
Gesterding Irrthümer I 135
Unterholzner Verjährungslehre II 135
Sintenis pract. Civilrecht II 135
Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 135.138
Müller civilistische Abhandlungen 135

Seite
Seuffert Archiv II 135
Vangerow Pandecten III 145
Archiv für Handelsrecht 152.218
Baumeister hamb. Privatrecht. 187
Martin Prozeß 193
Jurist. Abh. von Heise und Cropp 218.220.293
Pöhls Handelsrecht IV. 218.240
Klefecker Th. VII 240
Benecke Assecuranzrecht. 240
Linde Lehrbuch d. Prozesses 300
Schultz russische Handelsgesetzgebung. 310
Schumm. Amortisation verlorner Schuldbocumente (Archiv für civ. Praxis Bd. 13) 316.321
Renaud in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 14 317
Archiv für Wechselrecht IV. 318
Holt system of the shipping and navigation laws 373
Blunt Commercial Digest. 373.375
Kent commentaries of American law . . .374.375.379.384.392

Verzeichniß der citirten Gesetzesstellen.

1) Aus dem römischen Rechte.

Seite
L. 5 D. de ritu nuptiar. (23, 2) 17
L. 19 D. de ritu nuptiar. (23, 2) 98
L. 17 § 1 D. quae in fraudem (42, 8) 102.105.108
L. 7 Cod. de usuris (4, 32). 136
L. 28 Cod. de pactis (2, 3). 136
L. 6 § 1 D. de usuris (22, 1) 136
L. 2 pr. D. de privatis delictis 205
L. 2 Cod. de alendis ac parent. (5, 25) 253
L. 4 § 3, 4. L. 5 pr. § 3, 4. D. de appell. (49, 1) . . .299.300
L. 69 D. de procuratoribus (3, 3) 300
L. 29 D. de inoff. test. (5, 3) 300
L. 63 D. de re jud. 300
L. 14 D. de appell. (40, 1) 300
L. un. Cod. ut causae post pub. adsit tutor (5, 48). . . . 300
Nov. 112 C. 1 300

Seite
C. 38 X. de test. (2, 20) 300
C. 2 ut lite pend. in VI. (2, 8) 300
L. 27 § 2 Dig. mandati (17, 1) 354
§ 11 J. de mandato (3, 27) 354
L. 23 § 11 L. 23, 24, 25 Dig. mandati (17, 1) 354
L. 67 D. de R. J. 364
L. 11 § 3. L. 13 § 1. L. 25 § 7 Dig. locati (19, 2) . . .380.392
L. 3 § 1 Dig. nautae caupones (4, 9) 380.392
L. 52 § 3 Dig. pro socio (17, 2) 380.392
L. 18 Dig. commodati (16, 3) 380.393
L. 6 Cod. de pignorat. act. (6, 24) 380.393
L. 9 § 3. L. 11 § 2. 5. L. 27 § 22—24. L. 29 § 2. 4. L. 39 pr. Dig. ad leg. Aquil. (9, 2) 409
L. 7 § 6. 8. L. 8 pr. L. 9. pr. Dig. ad leg. Aquil. 416
L. 21 § 2. L. 22. 23. pr. § 4. L. 29 § 5. L. 30 § 3. L. 41. 52. pr. ad leg. Aquil. (9, 2) 420

2) Aus dem hamburgischen Rechte.

Transitorische Verordnung vom 28. Juli 1815 . . 15.18.24.31.33
Obergerichtlicher gem. Bescheid vom 18. Juni 1768 (in Anderson Privatrecht III. S. 296) 17.21
Verordnung v. 29. Dec. 1815 in Betreff des Verfahrens . . . 21
Statut I 37 § 3 u. 6. 21
Revidirte Gerichtsordnung von 1711 Tit. 45 § 4 21
Statut III 3, 5. 34
Vormundsschaftsordn. v. 13. Juli 1831 Art. 45 (u. v. 15. Jan. 1838) 34
" " " " " 21. 48, 24. 29, 47 . 35
Statut Th. III. Tit. 3. Art. 1. 5. 36
Receß von 1529 Art. 33 . . . . 37.41.42.43.44
Statut II 11, 11 42
Verordnung vom 20. October 1851 . . . . 65.67
Statut IV Art. 22. 65
Statut IV Art. 16. 67
Verordnung vom 29. Dec. wegen Organisation der Justizbehörden Art. 15. 30 . . . . 69.71
Oberappellations-Gerichtsordnung § 164. 190 69
Reglement der Rathssessionen von 1712. 71
Rath- und Bürgerschluß vom 27. März 1851 71
Rath- und Bürgerschluß vom 21. Februar 1850 71

Seite
Verordnung vom 20. October 1854 72
Hauptreceß von 1712 Art. V. 74
Rath- und Bürgerschluß vom 15. Februar 1821 74
Oberappellations-Gerichtsordnung § 41.149.161. . 77.208.294.401
Neue Falliten-Ordnung Art. 1 85
Statut II 11, 2 97
Statut IV 28 117
Statut II 9, 6 125
Wechselordnung § 21 . . . . .148.151
〃 § 19 . . . . .149.153
〃 § 10 152
〃 § 18 153
〃 Art. 45. 41 155
Preßgesetz vom 5. October 1849 . . . . 198.205.206
Allgem. Plan Hamb. Seeversicherungen v. 1847 § 62 211
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 93 . . 212.218.219
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 11 b 213
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 119 . . .213.215
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 107 . 214.215.224
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 121 215
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 86 . . . .219.220
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 42 . . . .219.220
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 38 219
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 103 220
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 119. 120 . .221.222
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 22. 60. 94 . . 223
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 61 223
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 41 b 225
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 15 . 227.230.233.235
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 33 . 229.230.236.237
240
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 28 . . . .231.236
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 16 . . . .240.241
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 11 243
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 114 . . .244.246
〃 〃 〃 〃 〃 〃 § 102 . . .244.246
Verordnung vom 29. November 1847 . . . . .276.296
Rathsproposition vom 6. August 1841 322
Medicinalordnung vom 20. Februar 1818 . . . . . . .403.408
(Auffm Ordt) Entwurf zum allgem. Plan hamb. Seeversicherungen 218

Seite
Hamb. Assecuranz- und Havarieordnung von 1731 . 221.227.229.236
Wechselordnung § 13 313
Gesetz über Mortification der Staatspapiere von 1846 . .316.321
Wechselordnung Art. 73. 74 318
Appellabilitäts-Verordnung 400

3) Aus fremdem Rechte.

Code Napoléon Art. 384, 1442, 1474, 745, 913, 1388, 1389, 815 . 18
" " " 1394, 1398, 1526 25
" " " 1388, 1507 26
Preußische Verordnung v. 9. Sept. 1814 19
" " " " Ges. Sammlung 1851 p. 89 . 23
Code Napoléon Art. 1528 28
Lüb. Vormundsch. Ordnung vom 11. Oct. 1828 37
Peinliche Gerichts-Ordnung Art. 164 65
" " " 179 66
Preußisches Landrecht II. 8 § 2045 229
Amsterdamer Assecuranz-Ordnung 229
Bremische Bedingungen 229
Oesterreichische Verordnung von 1803 316
Preußische Verordnung vom 16. Juni 1819 . . . . . .316.321
Frankfurter Verordnung vom Juli 1817 316
Preußische Gerichts-Ordnung 321
Baierische Verordnung vom 10. October 1810 322
Hannoversche Verordnung vom 20. Januar 1826 322
Reichsabsch. von 1594 400
Lees the laws of shipping and Insurance 374
Steel ship-masters assistent 375
Maude & Pollock of the law of merchant shipping 375
Leone Levi Commercial law 375

Namen-Register.

(Die Namen der Herren Anwälde sind mit * bezeichnet.)

Abelsdörfer. 1. *Albrecht, Dr. S. 78. 147 (mand. noie). 262. 285 (subst noie). 402 (mand. noie). Anthoni, A., in Ingebruch. 83. Assecuranz-Compagnie, Elb-. 233. Assecuranz-Compagnie, neue, von 1846. 233. Assecuranz-Compagnie, neue fünfte. 209. Assecuranz-Compagnie, neue sechste, von 1851. 233. 234. Assecuranz-Compagnie, neue achte. 242. Assecuranz-Compagnie Oceanus. 242. Assurance-Company, Royal Exchange. 359. Assecuranz-Compagnie, See- und Fluß-. 233.

Bach und Arone in Shanghai. 326. Bahre, Eduard. 11. Bahre, F. C. Wittwe, Elisabeth Christiane geb. Caubet. 11. Behrens Gebrüder. 302. Bing Gebrüder & Comp. 324. Blaß, F., & Schomburgk. 78. *Biesterfeld, Dr. C. W. 225. 233. 234. Böhrt, J. M., & Sohn in Vollmacht der neuen sechsten Assecuranz-Comp. 233. 234. *Bönninghausen, Dr. C. von. 197. Bonfort, Dr. jur. H. D., als Vormund. 176. Bracker, Carl Joachim Christian. 402. *Brandis, Dr. H. A. R. 168. 225. 233. 250. Brockmann, J. H. 242. Brödermann, C. M. 225. Buck, J. S. W., als Vormund. 130. *Büller, Dr. jur. mand. noie. 111.

Castres, de, de Tersac, Professor G. H. F. 258. Catteaux Fréres in Brüssel. 83. Cobb & French als Agenten. 394. Cramér. 189.

Dehn, B. A., & Melchior. 348. *Des Arts, Dr. J. A. 386. 397. Dickhut, Carl Christoph. 156. Dickhut, Minna. 161. Dillenburger, J. F. A. 225. Dorn, E., Procur. extrajud. mand. noie. 176.

Eckermann, Dr. R. A., mand. noie. 183. Eckmeyer, Dr. Procurator. 17. *Eden, Dr. E. 183. Ehlers (Zeuge). 70. Ekiwa, Malchen. 176. *Engel, Dr. B. T. L. 250. Engel, Ludwig Demidoff. 250.

*Feill, Dr. Ant., subst. noie. 189. *Feldmann, Dr. H. A. 130. 348. 359. Fischbeck, Johann Christian Eduard. 111. Fiscal. — — — 54. Fischbeck, Johanna Christine Emilie. 111. Franck. 45. Franck brothers & Gans in Sidney. 46. Frees, Dr. med. H., als Vormund. 111. *Früchtenicht, Dr J. 176. Fürst, Eduard, in Wien. 183.

Gaedechens, O. C., in Vollmacht der neuen achten Assecuranz-Compagnie. 242. *Gallois, Dr. J. G. 54. 402. Gans & Franck. 45. Gerling & Lazarus. 233. Gobert, Dr. (Actuar in criminalibus). 73. Goßler, Joh., Berenberg & Co. 386.

Hagenest. 328. Hahn, Procur. extrajudic. als Procurator concursus. 99. Hansen, Mathilde Amalie Josephine. 112. Harder, Hermann, in Vollmacht der See- und Fluß-Assecuranz-Compagnie. 233. Heckscher, Leopold. 197. Heinsen, Dr. C. J. *Heise, Dr. W. L. 118. 156. Hertz, Dr. Gustav. 45. Hinrichsen (als Wechseltrassant). 152. Holzt, N. 202. Hüllmann, Claus. 118. Hüllmann, Friedr. (als Zeuge). 120. Hüllmann, Maria. 118. Hundesser. 209.

Jacob, Anna Catharina, geb. Behr. 56. Jacob, Johanna Wilhelmine Margarethe. 56. *Jacobj, Dr. D. H., als curat. perp. 359. Jacobsen, Amalie, richtiger Malchen Ekiwa. 176. Israel, Aron. 183.

Kittler, Eduard Robert. 258. Klestrup, J. C., in Arroeskjöping. 147. *Knauth, Dr. J. C. 11. 45. 78. 96. 197. 234. 242. 302. Knop, Louis, uxor. noie. 130. Kraeft, Capitain. 191. Krebs, Carl Heinrich Wilhelm. 99. Krebs, Ferdinand August Gotthelf. 99. Kröger, J., in Vollmacht der Elb-Assecuranz-Compagnie. 233.

Laeiß, F. 225. Lambrecht, Franz. 302. Lazarus (in Firma Gerling & Lazarus). 233. *Lazarus, Dr., mand. noie. 139. Leo, Dr. jur. C. L., als Vormund. 176. Levy, H. J., & Co. 242. Liepermann, Dr. med. (als Arzt). 112. Limpricht, Johannes, 189. Loeser, Mack & Abelsdörfer. 3. *Loehr, Dr. H. R. 96. 189. 368. 386. Lüneburg, Franz Heinrich. 359.

Maas, Margaretha, in Ahrensboeck. 139. Mack. 3. *Malm, Dr. H. A. 302. Marbs, J. 225. 233. Mayer, Dr. med. (als Polizeiarzt). 161. *Meyer, Dr. O. 118. Meyer, C. J. H. 156. Meyer, J. L., & Co., als General-Agenten der K. K. allgemeinen Versicherungs-Gesellschaft in Triest. 139. Meyer, J. S. 258. Melchior & Co. in Melbourne. 348. Melchior, S. G. (in Firma B. A. Dehn & Melchior). 348. Moenck, Dr. jur. Gustav (nicht practisirend). 397. Moenck, H. P., Wittwe, Sophie Elisabeth geb. Emanuel. 397. Mönckeberg, G., Licentiat (Supplicant) als executor testamenti. 397. Möring, C. H. F., als Correspondent. 395. Moller, G. U., in Vollmacht der neuen fünften Assecuranz-Compagnie. 209. Morsing, Schwedischer und Norwegischer Consul. 192. Mutzenbecher, Dr. (als Arzt). 161. Mutzenbecher, J. D., Söhne. 368.

Näffen, Claus, als Vormund. 111. *Noack, Dr. L. F. 3. 130. 258 (mand. noie). Noodt, Aug. 87.

*Patow, Dr. F. C. W. 99. 111 (mand. noie). Peters, Capitain. 223. Peters & Hundesser. 209. *Petersen, Dr. C. 147. 209. 324 (mand. noie). Poelchau, Dr. H. J. D., mand. noie. 87. Porten, J. von der. 45. Precht, J. M. 225.

Reisland, Ludwig Wilhelm, in Leipzig. 261. Renner, S. J. 176. Richter, J. F., als verantwortl. Redakteur der „Reform". 197. Roosen, Helene. 97. Roosen, Henriette geb. Linnich. 96. Roosen, Salomon, & Berend. 147. Rudolph in Altona, in Firma Wendeborn'sche Buchhandlung. 259.

Schäfer, als Zeuge. 179. Schäuffler, F. C., Wittwe. 130. Schön, Aug. Joh., & Co., als Rheder. 168. *Schröder, Dr. C. A. 168. Schröder, C. M., & Co. 168. *Schröder, Dr. O. 197, (als Staatsanwald). 359. 368. Schuster, H. F. C., als Vormund. 130. Schütte, D. 78. Simmonds, L. 348. Sloman, R. M., junior noie Capitain H. Visser, Schiff „John Bertram". 368. 386. Spinn, J. C., & Co. in Berlin. 324. Spengel, Dr. med. H. W. 402. *Steinhagen, Dr. mand. noie. 258. Stelling. 404. *Strauch, Dr. C. M. 11. Strauß, J. W. O. 96. *Sutor, Dr. Aug. 3. 87. 99 (als concurat. bonor.). 209. Swaine, R. V., & Co., als Bevollmächtigte der Royal Exchange Assurance Corporation in London. 359.

Tatlock, Wilhelmine geb. Meinhard. 250. Telegraphen-Direction, Königl. Preuß., in Berlin. 87. Telegraphen-Station, Königl. Preuß., in Berlin. 87. Tersac de, siehe Castres. Tiedemann, F. 199. Timm, Joh. Wilh. Arnold. 54. *Trittau, Dr. J. D. Alph. 156.

Ullberg & Cramér. 189.

Versicherungs-Gesellschaft, allgem. K. K., in Triest. 139. Visser, Capitain. 245. Visser, H., Capitain des Schiffes „John Bertram". 368. 386. Voigts, Adele; Wilhelm; Johann Heinrich; Mathilde, verehelichte Knop. 130. Voigts', Friedrich Christian, Erben. 130. Vortmann, C. M., & Co. 3.

Weiler (Zeuge). 58. Welter, C. 78. Wentworth & Co. als Lloyds Agenten 245. Wichmann, C. J. B. (als Capitain des Schiffes „Florentin"). 168. *Wolffson, Dr. J. 242. 324. 348.

*Zumbach, Dr. C. Z. 176.

Uebersicht

der im Jahre 1856 vom Ober-Appellations-Gericht entschiedenen

34 Rechtsfälle.

A. Obergericht.

Es gelangten an das **Ober-Gericht**:

als **Oberaufsichtsbehörde** über Testamente 1 Fall (Nr. 33),

als **Obervormundschaftsbehörde** 1 Fall (Nr. 7);

ferner als Appellationsgericht vom **Handelsgericht** 17 Fälle (12 von der **ersten Kammer**, Nr. 1, 3, 5, 13, 15, 21, 22, 23, 28, 30, 31, 32, und 5 Fälle **von der zweiten Kammer** des Handelsgerichts, Nr. 6, 18, 20, 24, 29),

als Appellationsgericht vom Niedergericht 12 Fälle (Nr. 4 [Criminalfall], 8, 9, 12, 14, 16, 17, 19, 26, 27, 30, 34),

als Appellationsgericht von der ersten Prätur **per supplicas** 2 Fälle (Nr. 11, 25),

als Appellationsgericht vom Patronat zu St. Pauli **per supplicas** 1 Fall (Nr. 10),

In 15 Fällen appellirte von der untern Instanz **die klägerische Parthei** (Nr. 1, 2, 3, 6, 8, 9, 10, 14, 16, 17, 18, 28, 31, 32, 34),

„ 10 „ appellirte die **beklagtische Parthei** (4, [Criminalfall], 5, 13, 15, 20, 23, 24, 27, 29, 30),

„ 2 „ supplicirte der **Beklagte** von den Erkenntnissen der ersten Prätur (Nr. 11, 25),

„ 1 „ **querulirte ob nullitatem** in Verbindung mit eventueller Supplication der **Angeklagte** (Nr. 19, niedergerichtliche Preßsache),

„ 4 „ war die **Appellation** eine **beiderseitige** (Nr. 19, 21, 22, 26),

„ 2 „ erwuchs die Supplication, da es in Administrativsachen an einer untern Instanz fehlt, **direct an das Obergericht.**

In **einem** handelsgerichtlichen Falle (Nr. 6) und in einem niedergerichtlichen Falle (Nr. 12) verfügte das Obergericht neben den reformatorischen Erkenntnissen gleichzeitig Commission zum Güteversuch.

In allen Fällen wurde auf **Compensation** der Instanzkosten erkannt, die 7 folgenden ausgenommen: Nr. 4 (niedergerichtliche Criminalsache, in welcher der Angeklagte in alle Kosten verurtheilt wurde), 7, 10, 25, 33 (Supplicationssachen, in denen stillschweigend der Supplicant die Instanzkosten zu tragen hat), Nr. 16 (in welcher Sache das Obergericht die Klägerin, Appellantin zum Erfüllungseide zuließ, über die Kosten

aber noch nicht erkannte), Nr. 19 (Nullitätsquerel und Supplication gegen Erkenntniß des Niedergerichts als Preßgericht, in welchem Falle der Angeklagte, Querulant, Supplicant stillschweigend die Instanzkosten trägt).

Abgesehen von dem durch den Recusations-Antrag des Angeklagten verzögerten Criminalfalle (Nr. 4) und von den beiden **direct** an das Obergericht als Administrativbehörde gelangten Fällen, betrug in den übrigen 31 Fällen die **Zeitentfernung** der obergerichtlichen Urtheile von denen der ersten Instanz im Durchschnitt 87 **Tage**, nämlich 21 (2 Mal), 29, 41 (3 Mal), 43, 45 (4 Mal), 48, 49, 51, 59, 62, 69, 80, 81, 84, 97, 103, 111, 112, 120, 138, 214, 247, 401 Tage (zusammen 2706 Tage).

B. Ober-Appellationsgericht.

Die Entscheidungen waren:

in 17 Fällen auf Beweis: Nr. 8, 9 (Reinigungseid), 11, 13, 14 (Eidesleistungen). 15, 16 (Erfüllungseid), 18 (hauptsächliche Einlassung), 21, 22, 26, 28, 29, 31, 32, 34, in den übrigen

16 „ — **eine definitive** — und zwar wurde in **einem** Falle (Nr. 24), in welchem beide untern Instanzen auf Beweis erkannt hatten, das Obergericht aber auf beklagtische Appellation das **thema probandi** restringirt hatte, die Oberappellation verworfen; —

9 „ **neue** (Nr. 1, 13, 15, 18, 20, 26, 28, 29, 30);

in 16 „ wurde das obergerichtliche Urtheil **pure** confirmirt. Nr. 3 (H. G. I. K. verworfen), 4 (N. G. betr. Nullitätsquerel des vom Nieder- und Obergericht zum Tode verurtheilten Raubmörders Timm), 7 (Obergericht als Vormundschaftsbehörde), 8 (N. G. verworfen), 10 (Patronat zu St. Pauli verworfen), 11 (Erste Prätur verworfen), 14 (N. G. verworfen), 16 (N. G. Bescheid verworfen), 17 (N. G. verworfen), 19 (Nullitätsquerel abseiten des wegen Preßvergehen angeklagten J. F. Richter als verantwortl. Herausgeber der „Reform"), 21, 22, 31, 32 (H. G. I. verworfen), 33 (Obergericht als Oberaufsichtsbehörde über testamentarische Verfügungen), 34 (N. G. verworfen),

„ 9 „ wurde unter **Verwerfung des obergerichtlichen** das **erstinstanzliche Urtheil wieder hergestellt**, Nr. 2 (N. G.), 5 (H. G. I. K.), 6 (H. G. II. K.), 9 (N. G.), 12 (N. G.), 23 (H. G. I.), 25 (Erste Prätur), 27 (N. G.).

Die Entscheidungen erfolgten in:

10 Fällen auf Appellation der **klägerischen** Parthei: Nr. 5, 11, 13, 15, 20, 21, 22, 23, 25, 29,

1 „ auf Supplication (Nr. 7, vom O. G. als Administrativbehörde),

16 „ auf Appellation der **beklagtischen Parthei**: Nr. 1, 3, 4 (einmal die Recusation des Obergerichts und zweitens die **Nullitätsquerel** betreffend), 6, 8, 9, 10, 12, 14 (Appellatio II.), 16, 17 (N. G. Provocationsklage), 18, 26, 31, 32, 34,

1 „ bekl. Appellatian in Verbindung mit klägerischer Adhäsion und accessorische Intervention eines dritten Betheiligten (Nr. 26),

1 „ Restitutionsgesuch in Verbindung mit einer Appellation (Nr. 33),

2 „ auf beklagtische Nullitätsquerel: Nr. 4, 19,

5 „ auf **beiderseitige** Appellation: Nr. 1 (insofern als das vom Kläger im O. G. angebrachte Restitutionsgesuch an das O. A. G. erwuchs, da der Beklagte letzteres angerufen hatte), 2, 27, 28, 30.

Die Kosten dritter Instanz wurden in

15 Fällen **gänzlich compensirt**: Nr. 2, 5, 6, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 23, 26, 28, 29,

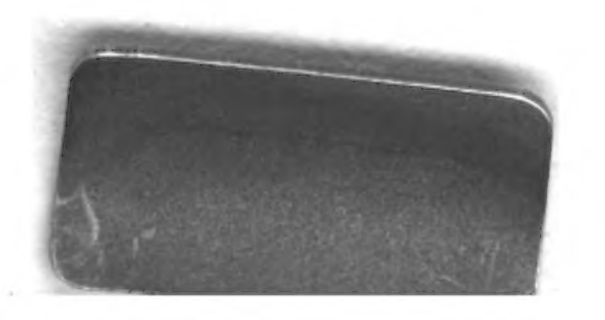
4 „ **theilweise compensirt**: Nr. 8, 25, 27, 30,

15 „ **einer** Parthei zu zahlen auferlegt: Nr. 1 (den Beklagten Appellanten, unter Compensation jedoch der Kosten der Restitutionsinstanz), 3 (Bekl. Appellant), 4 (Niederger. Criminalsache, — Recusation und Nullitätsquerel abseiten des Inquisiten, Appellanten), 7 (Obergerichtl. Administrativsache, dem Supplicanten Appellanten), 10 (Bekl. Appellanten), 11 (Klägerin Appellantin), 17 (Provocaten Appellanten), 19 (N. G. Preßsache, Angeklagten, Querulanten), 21 (Kläger, Appellant), 22 (Kläger, Appellant), 24 (Bekl. Appellant), 31 (Bekl. Appellant), 32 (Bekl. Appellant), 33 (Oberger. Administrativsache, Supplicat Appellant), 34 (Bekl. Appellant).

Die Zeiträume zwischen den Urtheilen des Ober- und denen des Ober-Appellations-Gerichts betragen: 5, 87, 140, 155, 189, 202 (2 Mal), 223, 248, 251, 274, 326, 328, 348, 378, 380, 382, 395 (2 Mal), 396 (2 Mal), 440, 444, 447, 472, 536, 586, 626, 646, 680, 699, 732, 834, 1101 Tage = 13,940, also im **Durchschnitt für jeden Fall 410** Tage.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google